

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

DE LA PATERNITÉ

ET DE LA FILIATION

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'AGTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

Le 1^{er} juin 1899 à 10 heures

Par CHARLES SCHUSTER

Avocat

Président : M. LAINÉ, professeur.

Suffragants { MM. WEISS
 SOUCHON { *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ANCIENNE ET MODERNE

ÉDOUARD DUCHEMIN

18, RUE SOUFFLOT, 18

1899

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

Le 1^{er} juin 1899 à 10 heures

Par CHARLES SCHUSTER

Avocat

Président : M. LAINÉ, professeur.

Suffragants { MM. WEISS
SOUCHON { *professeurs.*



PARIS

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ANCIENNE ET MODERNE

ÉDOUARD DUCHEMIN

18, RUE SOUFFLOT, 18

1899

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MON FRÈRE

DE LA PATERNITÉ

ET DE LA FILIATION

En droit international privé

INTRODUCTION

Les questions relatives à la paternité et à la filiation constituent, en droit international privé, une matière d'une extrême importance pratique et soulèvent des conflits fréquents et difficiles. Ces difficultés tiennent à une cause double. D'abord, la loi n'ayant pu les prévoir, ni par suite les régler, c'est à la jurisprudence et aux interprètes qu'il appartient de dégager les principes qui doivent présider à leur solution. Mais l'application systématique de toute théorie juridique se heurte ici à une variété et à une complexité d'espèces telles que, si certains que soient ces principes, des hésitations, des incertitudes sont inévitables. En outre, les conflits internationaux s'aggravent si l'on observe que les intérêts qu'il s'agit ici de régler sont d'ordre essentiellement moral et reposent sur des institutions qui partout ont leurs racines dans des considérations d'ordre et de mo-

ralité publiques. Or, les conceptions morales varient avec le temps et l'étendue des distances continentales. Telles règles de droit, normales dans un milieu déterminé, peuvent être jugées inacceptables dans une autre sphère d'application. C'est là la cause la plus fréquente des conflits que nous nous proposons d'étudier.

Cette étude aura donc un double objet. Nous aurons à rechercher d'abord les principes théoriques du droit international privé en matière de filiation. Nous nous attacherons ensuite à fixer les règles positives du droit français dans ses applications aux conflits que soulèvent la filiation légitime, la filiation naturelle, la légitimation et l'adoption.

Tout le problème du droit international privé consiste à concilier les deux principes qui en sont les éléments constitutifs, la loi personnelle dont l'individu relève et la loi du lieu où s'accomplit l'acte juridique qui fait naître le rapport de droit. Auquel convient-il de s'attacher en matière de paternité et de filiation ?

Envisagée au point de vue du droit interne, la filiation apparaît comme une théorie juridique distincte, traitée à son rang dans les codes par un ensemble de règles abstraites, sans lien avec d'autres éléments de la personnalité. Le droit international s'en fait une conception plus large ; il la rattache à une matière plus générale, plus vaste, celle de l'état des individus ; il ne la considère que comme un élément de leur condition légale, comme une modalité de leur état. Il en résulte que rechercher la loi applicable aux rapports de filiation des personnes, c'est rechercher la loi qui doit ré-

gir, en général leur état et leur capacité, conséquence de leur état. Quelle est cette loi ?

Le code civil s'est montré peu soucieux de formuler sur la solution des conflits de lois internationaux des règles quelque peu explicites. Sur presque tous les points il a laissé à la pratique et à la doctrine le soin de se prononcer. Cependant l'état des personnes est d'une telle importance que le législateur n'a pu se soustraire à la nécessité de poser un principe directeur. Il pouvait opter entre l'élément local et l'élément personnel du conflit. Il a préféré s'arrêter à ce dernier, et il a condensé tout son système dans le § 3 de l'art. 3 du code civil, aux termes duquel « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». Cette règle, qui contient la théorie de la loi, est capitale. Appliquée à la filiation, il est nécessaire d'en dégager le sens et la portée.

Historiquement, le principe auquel se sont arrêtés les rédacteurs du code est le résultat d'une tradition ancienne et d'un développement du droit qui s'est poursuivi pendant des siècles avant d'aboutir à sa formule actuelle. Relevons quelques étapes dans la marche progressive du droit (1).

Il est peu probable que les Romains aient connu les conflits de lois ; en tout cas ils ne paraissent guère s'en être inquiétés. Il est vrai que, sauf quelques textes très rares et

1. L'exposé de cette histoire a été fait notamment dans les deux ouvrages suivants ; le *Droit civil international* de M. Laurent (t. I) et *L'Introduction au droit international privé* de M. le professeur Laine.

très douteux, disséminés dans les compilations, nous n'avons pas de documents sur ce point ; et les interprètes en sont réduits aux conjectures. D'après celle de M. de Savigny, lorsque l'individu, sujet et le plus souvent citoyen de Rome (1) se trouvait hors de sa ville, un double élément aurait servi à résoudre les conflits de lois qui pouvaient s'élever : la loi de sa cité d'origine (*origo*) ou celle de la ville où il avait son domicile (*domicilium*) ; on se serait attaché de préférence à l'*origo*, qui créait un lien plus ancien et plus fort. A défaut de loi d'origine, celle du domicile aurait servi à déterminer le droit personnel de l'individu (2). Si ces règles furent suivies, ce qui est possible et probable, les Romains auraient pratiqué le système de la personnalité des lois, que nous allons trouver dans le droit barbare, où il reçut son expression définitive.

Avec les invasions et le bouleversement politique qui amène la chute de l'empire romain et la constitution des monarchies franques, un nouvel état social apparaît. Les Barbares, mis brusquement en contact avec des peuples d'une culture intellectuelle infiniment supérieure, ne se bornent pas à laisser aux vaincus leurs coutumes et leurs législations ; ils s'efforcent de s'assimiler les mœurs et le droit des Gallo-Romains. Mais comme les civilisations et les lois en présence sont trop dissemblables, qu'une fusion

1. Par un édit de l'année 212, Antonin Caracalla accorda le droit de cité à tous les habitants de l'Empire (L. 17. D. de stat. hom. l. 5.)

2. Savigny, *Système de droit romain*, t. VIII, § 357 et s. (trad. Guénoux).

serait extrêmement longue à s'opérer, elles se conservent côte à côte avec leurs caractères et leur génie propres. C'est le système de la personnalité absolue des lois ; système difficile, quoique rudimentaire, où chacun, pour tous les rapports de droit qui l'intéressent, ne dépend que de la loi de sa race ; système rendu plus compliqué encore par l'ignorance générale qui voile cette période de ténèbres et par la fusion des races qui, avec le temps, finit pourtant par s'accomplir. Malgré ses inconvénients pratiques, c'est le système qui triomphe sous les monarchies mérovingienne et carolingienne, jusqu'à l'apparition de la féodalité.

Au dixième siècle, celle-ci se constitue. Les derniers Carolingiens laissent tomber de leurs mains trop faibles l'empire de Charlemagne ; l'Etat devient impuissant à remplir sa mission de protection et de sauvegarde ; aussi chaque seigneur, comte, duc, baron, s'approprie de la puissance publique tout ce qu'il peut en arracher, et, sur les ruines de la monarchie, s'érige en pouvoir souverain, héréditaire et absolu. L'État politique et social n'est pas seul, d'ailleurs, à se modifier, si le territoire se divise en d'innombrables seigneuries, les grandes lois, qui régissaient les individus suivant leur race, disparaissent et le droit se morcèle en une infinité de coutumes locales.

Dans cette époque de confusion et d'anarchie, l'homme vécut replié en lui-même, tirant de lui-même, de ses vassaux et de ses serfs ce qui fut nécessaire à ses besoins, se retranchant derrière les épaisses murailles de ses forteresses, sans rapport avec l'extérieur. Profondément jaloux de

leur autorité usurpée, les féodaux s'appliquèrent à rendre aussi rares que possible les relations étrangères à leur étroite sphère, n'admirent pas la plus légère atteinte à leur souveraineté, et furent conduits ainsi à poser dans le domaine du droit le principe : *Toutes coutumes sont réelles*, avec le système de la territorialité stricte et absolue du droit. La coutume régit et oblige seule le territoire, avec tout ce qui s'y trouve, (*res*) meubles, immeubles et personnes. Dans ses limites territoriales, sa force obligatoire est absolue. Passé ces limites, elle n'est plus rien (1). •

Cette conception étroite et rigoureuse, profondément imbue de l'esprit féodal répondait à merveille aux tendances d'une époque où toute autorité prenait ses racines dans la possession du sol. Bouhier en donne la raison : « Comme les provinces du royaume étaient soumises à différents princes qui étaient souvent en guerre les uns avec les autres, il y avait peu de liaison entre les Etats voisins, et moins encore, par conséquent, entre ceux qui étaient plus éloignés. Cela rendait chacun de ces peuples jaloux de ses propres lois, en sorte qu'ils n'avaient garde d'admettre l'extension de la disposition d'un statut dans les limites d'un autre. Chacun voulait demeurer maître absolu chez soi ; et c'est la source de

1. D'Argentré, *Comm. in patr. Britt. leges* art. 218 gl. 6^o « *Omnis enim potestas extra fines potestatis attributæ privata est persona, et finitæ potestatis finita jurisdictio et cognitio* ». — Rodenburg, *De jure quod oritur* C. III § 1 « *Constat igitur extra territorium legem dicere licerenemini, idque, si fecerit quis, impune ei non pareri. Quippe ubi cessat statutorum fundamentum, cessat robur et jurisdictio*. — Boullenois, *Pers. et Réal. des Loïs*, obs. 10.

l'axiome vulgaire de notre droit français que *toutes coutumes sont réelles* (1).

Ce n'est pas en France seulement que ce système s'implanta, mais dans tous les pays où la féodalité prit pied, en Allemagne et en Italie notamment. Pourtant dans ce dernier pays il dura moins que dans le nôtre, grâce à des forces diverses qui firent échec à son expansion et qui finirent par en triompher. Ce fut d'abord la constitution politique exceptionnelle de l'Italie au moyen-âge, morcelée en républiques indépendantes, ayant leur gouvernement, leurs conseils électifs, leur armée et leurs statuts propres. La fréquence des rapports que ces villes essentiellement commerçantes entretenaient entre elles, et, par suite, la fréquence des conflits de lois entre les statuts locaux, obligèrent à rechercher des règles communes qu'on pût appliquer à leur solution. Une circonstance heureuse favorisa ces recherches. Au XII^e siècle, une véritable renaissance vint ranimer en Italie l'étude du droit romain. C'est à Bologne surtout qu'on voit une école d'éminents jurisconsultes, les postglossateurs, s'attacher à l'interprétation et au commentaire des textes romains. Reprenant les travaux de leurs devanciers immédiats, les glossateurs, mais travaillant avec plus d'ordre et de méthode, les bartholistes se préoccupent de diviser et de classer logiquement les matières et de construire des théories générales. Au point de vue du conflit des statuts, ils distinguent les statuts *favorables* à

1. Bouhier, *Obs. sur les Cout. de Bourgogne*, I. 24.

la personne et les statuts *odieux*. Sans doute, ils ne s'accordent pas sur leur détermination précise ; il ne faut pas s'en étonner, puisque c'est une science qui naît ; mais il y a un point que tous admettent, c'est que les statuts favorables comprennent essentiellement l'état des personnes ; les statuts odieux, principalement les biens immobiliers. On leur a reproché souvent leur amour des distinctions subtiles et des formes scolastiques : il n'en est pas moins vrai que sur bien des points ils ont donné des solutions définitives, qu'ils ont cru de bonne foi trouver dans les textes romains et qui, en réalité, leur sont propres. Ils ont créé la théorie des statuts que les légistes des siècles suivants ne feront que développer en lui donnant une forme plus scientifique.

La doctrine des postglossateurs franchit les Alpes et fut enseignée dans les villes du midi de la France dès la fin du ^{xiii}^e siècle, à Montpellier notamment. Elle remonta graduellement vers le nord où elle se heurta au principe contraire de la souveraineté territoriale de la coutume. La lutte des deux doctrines eut pour conséquence la division des juriconsultes français en deux écoles, l'une, celle des réalistes, attachée à la tradition coutumière et qui donne la prépondérance à la loi du sol, l'autre, celle des personnalistes, pénétrée de tendances nouvelles de libéralisme et de progrès, et qui s'efforça de faire prévaloir la supériorité du lien personnel. L'une eut pour chef Bertrand d'Argentré, seigneur breton, hostile à toute idée nouvelle, très fortement attaché à sa coutume et qui la défend âprement ; à l'autre se rattachent les noms de Dumoulin et de Coquille.

A l'époque où écrivent d'Argentré et Dumoulin, la théorie des statuts est définitivement constituée. Dumoulin pose le principe : « *Si statutum agit in rem, reale ; si in personam, personale est.* » Et plus loin : « *Quia, (statutum) in quantum agit in personam, restringitur ad suos subditos, et, in quantum agit in rem, restringitur ad sitos intra suum territorium* » (1). Cette distinction établie, il n'y a pas de doute que les règles concernant la filiation n'intéressent la personne ; donc elles sont de statut personnel. D'Argentré, réaliste outré, est forcé de le reconnaître. Ayant défini le statut réel, il ajoute : « *Sed alia ratio est de personarum jure, in quo et mobilia continentur, quia talia non alio jure continentur quam persona ipsa* ». Comme exemple, il cite les statuts de filiation et de puissance paternelle : « *ut cum de liberis statuto, ut in potestate patris sint* » (2).

Désormais la solution est acquise. Les juriconsultes hollandais et flamands qui reprennent sa doctrine ne font pas de difficulté pour l'admettre (3). Mais c'est surtout l'école française du xviii^e siècle qui consacre le plus nettement les véritables solutions. Boullenois s'exprime ainsi : « Lorsque
« par rapport à des biens situés dans un autre endroit que
« dans celui du domicile, ou par rapport à des actes passés
« ailleurs, la question dépend de la qualité et de la condition
« de la personne, pour lors l'autorité du statut personnel...

1. Dumoulin. *Comm. ad cod.*, l. I, t. 1. Molin, *op.*, t. III, p. 554 (éd. 1681).

2. D'Argentré, *op. cit.*, art. 218, gl. 6.

3. Rodenburg. *De jure quod oritur*, I, 3. 1. Voët, *de statut.* I, 6 et 7. Burgundius, *Ad Consuet. Flandrice*, I, § 1.

« s'étend indistinctement et par conséquence au-delà du territoire. Cette décision est fondée en raison et en justice ». Au point de vue plus spécial de notre matière, il ajoute : « Je mets au nombre des statuts personnels ceux qui décident de la naissance légitime ou illégitime des enfants, ceux qui d'illégitimes les rendent légitimes » (1).

Froland dit : « Est certainement personnel le statut qui lève quelque obstacle, comme il arrive... en légitimant un bâtard » (2). Bouhier pose en règle générale que « la première marque à laquelle on peut reconnaître la personnalité d'un statut, c'est quand il a été fait pour déterminer en général l'état ou la condition de personnes ou leur capacité ». Ainsi, dit-il, « on ne disputera pas sans doute aux lois qui ont été faites pour régler la matière de filiation et la prouver, et qui ne sont pas toujours uniformes, la qualité de personnelles. C'est une règle inviolable en fait de question d'état » (3).

Voilà l'ancienne doctrine; elle a toujours été marquée par un accord unanime. Les rédacteurs du Code civil, en posant la formule de l'article 3, § 3, n'ont donc fait que se conformer à une très longue tradition historique, et consacrer législativement la solution de l'ancien droit. L'état et la filiation d'un Français à l'étranger sont régis par sa loi personnelle, par sa loi *nationale*.

Ce mot demande une explication.

1. Boullenois. *Op. cit.*, I, 2 obs. 4.

2. Froland. *Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts*, I, § 1 et 2.

3. Bouhier. *Op. cit.*, I, 24.

Lorsque les statutaires professent que l'état et la filiation relèvent du statut personnel, quelle est la loi personnelle qu'ils ont en vue et qu'ils entendent désigner ? Dans l'ancien droit c'est la loi du domicile de l'individu qui a toujours fait la base du statut personnel ; c'est à la loi du domicile que les auteurs se réfèrent quand ils opposent la personnalité du droit à la réalité de la coutume (1). Aujourd'hui, c'est la loi de la nation à laquelle on appartient qu'on prend en considération. Comment s'explique ce changement dans le développement du droit ?

Par une raison historique très simple. Il faut nécessairement, pour qu'une loi nationale existe, que l'unité politique d'un pays soit faite et que l'idée de nationalité se soit bien dégagée. Avec la féodalité, la France se divise en seigneuries et le droit se morcelle en coutumes locales qui diffèrent entre elles sur les points les plus essentiels. Et comme le peu de relations extérieures rendait les conflits internationaux fort rares, c'était presque exclusivement sur les divergences des coutumes que les conflits portaient. Dès lors, de ce que les individus étaient tous Français, mais aussi Bretons, Picards ou Bourguignons, il était très naturel que l'on attachât à la coutume de leur domicile une grande importance et qu'on en fit le criterium de la personnalité du droit.

A la vérité, il eût été possible, lorsque les efforts de la monarchie eurent opéré l'unité politique, d'assigner au statut

1. P. Voët, *de statut.*, II, 4. 6. Hertius, *de collis, legum*, 4. 5. Rodenburg, *de jure quod oritur*, II, 2. 1, n° 3. Boullenois, obs. 32. Pothier, *Cout. d'Orléans*, I, 13.

personnel un autre fondement. C'est ainsi que certains statutaires pensent qu'au cas de *mutatio domicilii* il convient d'appliquer, de préférence à la loi du domicile actuel, celle de la coutume d'origine, qui eût pu correspondre assez bien à ce qu'est aujourd'hui la loi nationale (1). Mais ce ne fut pas l'opinion qui prévalut. Les coutumes conservèrent jusqu'à la fin les caractères qu'elles acquirent avec la féodalité, et l'ancienne règle qui consista à faire du domicile le siège du statut personnel dura autant que la théorie des statuts elle-même (2).

Avec la rédaction du Code civil, les conflits de coutumes disparaissent, et les règles posées par les statutaires ayant perdu leur application dans les controverses intérieures ne retrouvent leur utilité que pour la solution des conflits de lois internationaux. Tout naturellement alors la nationalité prit la place du domicile pour régir l'état et la capacité des personnes, et cette substitution fut si simple qu'on ne s'en aperçut même pas. D'ailleurs, comme on l'a observé (3), l'art. 3 du Code civil, s'il est le résumé de la théorie des statuts, a reçu, volontairement ou non, une rédaction très

1. Froland. *Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts*, VII, § 13 : « Si l'on parle de l'état de la personne *abstracte ab omni materia reali*, en pareil cas la loi qui a commencé à fixer sa condition, et qui est la loi du domicile d'origine, conservera sa force et son autorité partout où la personne ira demeurer ». Cf. Huber, *de confl. legum*, I, 3, § 12. Boullenois, obs. 32 et suiv.

2. Rodenburg, *de jure quod oritur*, II, 1, n° 3. Pothier, *cout. d'Orléans*, I, 13. V. M. Lainé, *Introduction*, I, II, p. 199.

3. Despagne. *Précis de droit int. privé*, p. 157. V. aussi Barde, *Théorie traditionnelle des statuts* (Bordeaux, 1880).

vague. Peut-être les rédacteurs du Code se sont-ils souvenus des controverses et des difficultés interminables auxquelles avait donné lieu l'ancienne théorie, et se sont-ils, à dessein, abstenus d'y prendre parti, laissant à la jurisprudence et à la doctrine le soin de dégager de l'art. 3 les solutions pratiquement nécessaires. Peut-être aussi ne se préoccupait-on guère, à cette époque de guerre générale et permanente, de chercher à donner satisfaction aux conflits de lois internationaux. Quoiqu'il en soit, c'est aujourd'hui la loi nationale des individus qui régit leur état en général et leur filiation en particulier.

On l'a cependant contesté. Certains auteurs estiment que le droit français actuel autorise le maintien de l'ancienne doctrine, et que la loi personnelle dont parle le Code est celle du domicile de préférence à celle de la nationalité. Ils font remarquer que c'est l'opinion communément admise en Allemagne et en partie dans le droit anglo-américain (1). En France, elle est soutenue notamment par Merlin et par MM. Demangeat et Barilliet (2). Il semble qu'aujourd'hui elle tende à reprendre un nouveau crédit (3). Voyons quels arguments on peut donner en sa faveur.

1° D'abord, dit-on, c'était la solution unanimement donnée

1. Savigny, *système*, t. VIII. n. 362. Heffter. *Das europaeische Völkerrecht des Gegenwart*, § 33. Story, *Conflicts of laws*, § 40.

2. Merlin. *Répert.* V° *Majorité*, § 4. V° *Autor. maritale*. Demangeat sur Foelix n. 40, *note a* et *Histoire de la Cond. des Etrangers*, p. 414. Barilliet, *Conflicts de la loi française*, p. 42.

3. V. une dissertation de M. Chausse dans le journal de Clunet, 1897, p. 1. Jitta. *La méthode du droit int. privé*. p. 159.

par l'ancien droit. On ne peut supposer que dans une matière toute traditionnelle, les rédacteurs aient entendu modifier une aussi longue tradition.

L'argument est sans valeur. Si l'ancien droit n'a connu, comme base du droit personnel, que la loi du domicile, c'est qu'il n'y en avait pas d'autre. En l'absence d'une législation uniforme et d'une loi nationale, force était bien de s'en référer à la loi du domicile. « Ceux qui voudraient appliquer matériellement, dit M. Fiore, les raisonnements des auteurs antérieurement à la codification pour résoudre les conflits de nos jours sans entrer dans l'esprit de leurs doctrines n'ont pas considéré que la société et la législation ont progressé. Aujourd'hui nous ne sommes plus au temps des Romains, lorsque l'Etat se composait de *civitates* ou de *respublicae*, ni au moyen âge, alors que les municipes avaient des constitutions propres. Aujourd'hui à l'intérêt municipal a succédé l'intérêt national, à la commune l'Etat, aux statuts locaux ont succédé les législations et les Codes. Il est donc naturel qu'à la loi du domicile doive correspondre aujourd'hui la loi nationale, et que la loi du domicile de fait puisse être décisive seulement lorsque l'Etat est divisé en sections différentes, régies par des lois diverses » (1).

2° On dit ensuite, et ici la thèse prend une certaine valeur : Le domicile est le siège juridique de la personne, le centre de son activité, de ses sentiments et de ses affections (2) ;

1. Fiore. *Droit international privé*, p. 84 (Trad. Pradier-Fodéré).

2. L. 10. C. de *Incolis* XXXIX, 7 : « *In eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerum que ac fortunarum*

c'est là que l'individu accomplit la plupart des actes de sa vie juridique et sociale, qu'il acquiert un caractère et des habitudes, que ses mœurs se forment et que son individualité s'affirme. « C'est, dit Demolombe, par ses instincts les plus naturels et les meilleurs, par les influences diverses et si puissantes de la famille et des affections de la propriété, du travail et de l'habitude que chaque homme s'attache à un certain lieu avec lequel il contracte une sorte de lien, de relation morale, je dirais presque d'intimité. Aussi la loi n'a-t-elle eu véritablement qu'à constater un fait pour reconnaître le domicile » (1). Au contraire, ajoute-t-on, la nationalité ne s'établit pas partout suivant les mêmes règles ; elle se détermine par des procédés différents et arbitraires, où le plus souvent la volonté n'a point de part. N'est-il pas plus naturel et plus logique de faire dépendre les qualités essentielles de l'individu, son état, sa capacité, sa filiation, de la loi du lieu où il s'établit à demeure et à laquelle on peut présumer qu'il entend se soumettre ?

L'argument est séduisant ; nous ne le croyons pas décisif. D'abord, la détermination précise du domicile peut prêter à des incertitudes. L'individu peut avoir de principaux établissements dans divers pays ; il peut n'en avoir dans aucun. Comment alors distinguer le domicile de la simple résidence ? Mais surtout le domicile est variable. Sa fixation dépend de

suarum summam constituit ; unde non sit discessurus, si nihil avocet ; unde cum profectus sit, peregrinari videtur ; quo si rediit, peregrinari jam destitit. »

1. Demolombe, t. II, n° 268.

bien des éléments, des affections, des intérêts, des nécessités de la vie sociale, qui lui enlèvent toute fixité. Or l'intérêt de la personne et celui des tiers exigent impérieusement que l'état conserve une fixité relative, incompatible avec l'instabilité du domicile, et que la loi nationale seule peut donner. « *Rerum naturaliter inter se pugna foret*, dit Rodenburg, *ut in quod loca quis iter faciens aut navigans delatus fuerit, totidem ille statum mutaret aut condicionem; ut uno eodemque tempore hic sui juris, illic alieni futurus sit, uxor simul in protestate viri et extra eandem sit, alio loco habeatur quis prodigus, alio frugi* » (1). Sans doute la loi nationale ne donnera pas un criterium immuable; l'individu peut changer de patrie; il peut en avoir deux; il peut n'en avoir aucune. Mais ce sont là des cas exceptionnels que la loi n'a pu prévoir. En général la loi nationale appliquée à l'état des personnes suffira aux nécessités pratiques.

Nous avons ainsi retracé la théorie générale que la tradition et l'histoire ont édifiée par la solution des conflits de lois relatifs à la filiation. Il faut rechercher, maintenant, quelle est la portée exacte, quelles sont les limites de la règle que nous avons dégagée. Une distinction est nécessaire selon qu'il s'agit de Français à l'étranger ou d'étrangers en France.

1° Le litige intéresse un Français et il est porté devant un tribunal d'un pays étranger. En laissant de côté le cas où il y aurait, dans ce pays, des autorités ou des tribunaux

1. Rodenburg, *op. cit.*, III, § 4.

français, comme dans les pays de capitulation, et où la loi française s'imposerait d'une manière absolue, la question est de savoir si le tribunal étranger saisi du litige *devra* appliquer la loi française ? Il faut répondre négativement. La loi française ne saurait en aucune façon s'imposer aux juges étrangers ni leur donner aucun ordre ; son autorité ne s'étend qu'aux tribunaux français ; sinon, elle commettrait un empiétement sur une souveraineté étrangère. Il faut donc décider que, même en matière de filiation et d'état, les tribunaux étrangers appliqueront légitimement aux plaideurs français une loi étrangère, soit que la loi locale soumette expressément à ses dispositions tous ses justiciables, étrangers ou nationaux, soit qu'elle adopte, comme criterium du statut personnel, la loi du domicile. Mais, bien entendu, lorsqu'une décision de cette nature sera soumise aux tribunaux français, ils auront le devoir de n'en tenir aucun compte ; ils violeraient l'art. 3, § 3 du code civil s'ils lui faisaient produire effet.

2° Il s'agit d'un litige intéressant la filiation d'un étranger en France (1). Bien que le code civil n'ait pas réglé ce cas par une disposition formelle, il n'est pas douteux que sa filiation ne soit régie par sa loi personnelle, et par la loi personnelle nous entendons sa loi nationale. Mais cette loi personnelle s'appliquera-t-elle toujours ? Non ; plusieurs exceptions doivent être apportées au principe.

1. Nous supposerons toujours dans le cours de cette étude, que nos tribunaux se reconnaissent compétents pour statuer sur les litiges de cette nature entre étrangers.

a) Il arrivera parfois que des questions de forme apparaissent plus ou moins étroitement liées au fond du droit, soit en ce qui concerne les actes instrumentaires invoqués en France, soit par rapport à des questions de preuve. Or, la forme des actes relève exclusivement de la loi locale, en vertu de la maxime *Locus regit actum*. Quant aux preuves, si la preuve en elle-même fait corps avec le droit qu'elle est destinée à établir, son administration rentre dans la procédure qui, dépendant elle-même du droit public, ne saurait être régie que par la loi locale. En fait, il sera parfois difficile de distinguer les deux éléments ; nous retrouverons des hypothèses de cette nature ; mais lorsqu'il apparaîtra que le litige porte principalement sur la forme des actes ou de la preuve, nos tribunaux n'auront à tenir compte que de la loi française.

b) Les règles de la filiation touchent fréquemment à des principes d'ordre public, parce qu'elles sont étroitement connexes aux règles concernant l'organisation du mariage et de la famille, dont le maintien intéresse l'ordre public. Aussi, lorsque les règles du statut personnel conduiront à l'application en France d'une loi étrangère, le tribunal français saisi du procès devra rechercher si cette loi n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs tels qu'ils sont compris en France. On conçoit qu'il soit difficile de préciser davantage. L'ordre public est une de ces conceptions vagues et flottantes qui varient avec les pays et les époques et qu'on ne peut ni rattacher à un principe unique ni fixer par une énumération limitative. Ce sera la tâche du

juge d'apprécier dans chaque cas les caractères de la loi étrangère, de déterminer si elle heurte un principe d'ordre public *absolu* ou *international* français, auquel cas il devra se refuser à son application, ou si elle est simplement contraire à l'ordre public *relatif* ou *national*, auquel cas il devra en général l'appliquer. C'est une question qui ne dépend que de lui-même, dont il ne doit rechercher la solution que dans son tact et sa conscience (1).

Ces deux exceptions sont, au point de vue des principes, les seules que nous admettions à notre règle; nous ne croyons pas qu'il y ait lieu, comme l'ont proposé certains auteurs et comme la jurisprudence l'a parfois déclaré, d'en faire une troisième au profit des Français dont l'intérêt aurait été lésé. Le droit est absolu de sa nature; il ne saurait dépendre de l'intérêt des parties (2).

1. Il faut noter toutefois que nos tribunaux pourront avoir à appliquer des lois étrangères contraires à nos principes d'ordre public absolu; il en est ainsi pour les lois personnelles des indigènes de certaines colonies françaises, que l'annexion ou le protectorat leur a conservées. Les textes suivants consacrent cette situation. Pour l'*Algérie*: acte de capitulation du 5 juillet 1830; ordonnance royale du 26 septembre 1842. Sénatus-consulte du 14 juillet 1865. *Kabylie*: décrets des 29 août, 5 septembre et 10-14 octobre 1874, 13 novembre-4 décembre 1879. *Tunisie*: loi du 27 mars 1883. *Cochinchine*: loi du 3 octobre 1883. *Etablissements français de l'Inde*: Règlements coloniaux des 18 novembre 1769 et 2 septembre 1773. Ordonnance royale du 23 décembre 1827; ordonnance du 7 février 1842. Décrets des 18 février et 5 mai 1880. Cf. Brocher, *Cours de droit int. privé*, t. I, p. 68. Demangeat sur *Félix*, t. I, p. 87. Laude, *Recueil de Législation*, p. 11.

2. Valette sur Proud'hon. *Traité des personnes*, I, p. 85. Demangeat.

Mais n'y a-t-il pas d'exceptions à faire au point de vue des personnes? La règle doit-elle s'appliquer à tous les étrangers indistinctement?

Certains étrangers résident en France depuis de longues années, y ont acquis une situation stable, un principal établissement; ils y sont domiciliés. La jurisprudence, il est vrai, ne leur reconnaît qu'un domicile de fait; la doctrine a toujours combattu cette théorie et leur reconnaît un domicile légal (1); nous n'avons pas à examiner cette question. Mais quelle influence cette circonstance d'un domicile en France aura-t-elle sur la loi à appliquer à la filiation d'un étranger?

Lorsque l'étranger appartient à un pays dont la loi nationale constitue son statut personnel, il n'y a aucun doute; il est clair que le fait de son domicile ne saurait avoir aucune influence sur l'application de cette loi. En est-il de même lorsque la loi nationale de l'individu abdique son autorité sur lui et reconnaît compétence, pour régir l'état de son ressortissant, à la loi de son domicile? Cette question, qui n'avait jamais été soulevée dans le droit international privé, se posa brusquement en 1878 à l'occasion d'une affaire de succession mobilière où la loi bavaroise se trouvait en conflit avec la loi française et qui fut l'objet de nombreux arrêts. Depuis cette époque, elle s'est présentée maintes fois et elle a toujours reçu la même solution (2). Voici le système que

Condition des Étrangers, p. 373. Aubry et Rau, I, p. 94. V. Cass., 16 janvier 1861. D. 61, I, 193. Paris, 8 février 1883. D. 84. 2. 24.

1. Félix, *Droit int. privé*, t. I, p. 317. Bonfils *De la Compétence des tribunaux français*, p. 160.

2. Cass., 24 juin 1878 (S. 78. I. 429). Toulouse, 22 mai 1880 (S. 80.

la jurisprudence a édifié : « Lorsque, dans un rapport juridique donné, qui, d'après la loi française, doit être résolu par l'application d'une loi étrangère, le législateur étranger attribue compétence, pour déterminer la loi qui doit réagir ce rapport, au législateur français, celui-ci doit accepter le renvoi qui lui est ainsi fait et trancher le conflit par l'application de la loi française. Il en est ainsi parce que, de par la volonté même du législateur étranger, la loi française constitue le statut personnel de l'individu. »

La doctrine n'a jamais cessé de protester contre cette théorie spécieuse et erronée. Des études récentes ont péremptoirement établi qu'elle repose sur une confusion et sur une erreur ; une confusion entre deux sortes de lois, celles qui, en droit interne, règlent le rapport juridique dont il s'agit et celles qui, en droit international, règlent le conflit de lois lui-même ; une erreur, qui consiste à appliquer, non la loi étrangère concernant l'état des personnes, par exemple, mais la loi étrangère concernant le règlement du conflit de lois en matière d'état des personnes (1).

Au point de vue juridique la méprise est certaine. Dans ses conséquences, elle est très grave. On ne peut s'empêcher de remarquer, d'abord qu'on fait jouer au législateur français un rôle indigne de lui, en le désintéressant d'un litige qui lui est soumis et en l'obligeant à s'en rapporter, pour une solu-

2. 294). Cass., 22 février 1882 (S. 82. I. 393). Seine, 19 mai 1888 (Clunet, 88, p. 791). Seine, 6 avril 1894 (Clunet, 94, p. 531). Seine, 26 juillet 1894 (Clunet, 94, p. 1007). Paris, 31 juillet 1895 (Clunet, 96, p. 147).

1. Le vice du système a été aperçu d'abord par Laurent (note

tion qu'il lui appartient de donner, à des manières de voir reçues en pays étranger. « La loi qu'un juge doit observer, dit M. Labbé, doit lui être révélée, en toute cause, avec certitude, par son législateur. Un tribunal n'a pas à attendre d'un législateur étranger l'indication de la route qu'il doit suivre. C'est non pas la loi du domicile des parties ou de la situation des biens, c'est la loi de la juridiction qui tranche la question de statut applicable » (1).

Pratiquement, à quels résultats arrive-t-on ? A donner sur la même question les solutions les plus différentes selon le lieu où le litige se poursuit ; à faire varier arbitrairement l'état, la capacité, les droits de famille, au mépris des droits les plus essentiels des individus et des tiers, à faire chanceler les principes les plus certains du droit international privé et, ainsi qu'on l'a montré, à tourner dans des cercles vicieux par suite des renvois indéfinis des législations les unes aux autres (2).

Est-ce à dire toutefois que le fait d'un domicile en France n'aura jamais pour effet d'assujettir l'étranger à la loi française ? Cela serait trop absolu ; il y a au moins un cas où il y sera soumis : lorsque cet étranger se trouvera, en fait,

dans Sirey, 81. 4. 41.) et par M. Labbé (Clunet, 85, p. 5). Les études de MM. Pillet (Clunet, 94, p. 721) et Lainé (Clunet, 94, p. 248 et 96 p. 241) ont rendu évidente la fausseté de la théorie. Celle-ci est toutefois défendue par M. Brocher, *Cours de droit int. privé*, I, p. 167, et par M. Weiss, *Traité théorique et pratique de Droit int. privé*, t. III, p. 78.

1. Clunet, 85, p. 15.

2. M. Lainé dans Clunet, 96, p. 257.

sans nationalité. Il est unanimement admis que celui qui se trouve sans nationalité est soumis à la loi de son domicile de fait (1).

On a proposé d'autres exceptions encore. M. Demangeat a soutenu que l'étranger admis à domicile en France par décret du chef de l'Etat (art. 13 C. civ.), cesse d'être régi, quant à son état, par sa loi nationale pour passer sous l'autorité de la loi française (2). Cette opinion est repoussée avec raison, car elle est le résultat d'une confusion entre la participation aux facultés de pur droit civil, refusée aux étrangers non admis à domicile et accordée aux étrangers autorisés, et la loi suivant laquelle ces facultés seront exercées. Rien ne permet de penser que l'autorisation du chef de l'Etat ait des effets assez puissants pour dégager l'étranger de l'empire de sa loi nationale.

Enfin, une dernière opinion a été formulée, qui tendrait à faire régir l'état de l'étranger en France par la loi française, lorsque cet étranger s'est fixé en France d'une manière définitive et sans esprit de retour. Il ne suffit donc plus, dans ce système, que l'étranger soit domicilié en France ; il ne suffit même pas qu'il ait été autorisé à domicile ; on exige qu'il ait perdu tout esprit de retour dans son pays. Nous ne saurions accepter cette manière de voir. Rien n'est plus difficile que de déterminer dans quels cas l'esprit

1. Laurent, *op. cit.*, t. I, n° 86. Féraud-Giraud dans *Clunet*, 85 p. 387. Seine, 23 février 1883 (*Clunet*, 83, p. 388).

2. Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 414 et notes sur *Félix*, t. I, p. 59.

de retour est conservé et dans quels cas il est perdu. Quelque long que soit le séjour de l'étranger en France, sait-on s'il ne compte pas un jour retourner dans son pays? Le criterium qu'on propose est trop douteux pour qu'on puisse s'y attacher. Il n'y a qu'un signe certain de la perte absolue de l'esprit de retour, c'est la perte de la nationalité d'origine et l'acquisition de la qualité de Français par l'effet de la naturalisation.

Ainsi, sauf le cas où l'étranger se trouverait en France sans nationalité, il y sera régi, quant à sa filiation, par sa loi personnelle. Il reste à examiner une dernière question. Si cette solution se conçoit en raison et en logique, il faut néanmoins préciser son fondement juridique, qui n'a pas toujours été bien compris. La difficulté vient de ce que la loi vise bien le cas d'un Français à l'étranger, et donne sur ce point une règle formelle, tandis qu'elle garde le silence sur l'hypothèse d'un étranger en France. Plusieurs explications ont été données de la règle que nous avons ci-dessus posée.

Le premier système, le plus ancien historiquement et le plus fréquemment soutenu dans l'ancien droit est celui de la courtoisie, de la *Comitas gentium*. On part de ce principe que la loi est souveraine dans l'étendue de son territoire, et on en conclut que si elle consent à y tolérer l'application d'une loi étrangère, c'est par l'effet d'une pure courtoisie, dans l'intérêt de ses propres ressortissants en pays étrangers, et sans que cette tolérance puisse jamais créer un droit au profit des étrangers qui en bénéficient. C'est la théorie des

statutaires Hollandais (1) c'est aussi celle de la plupart des statutaires français du xviii^e siècle, Bouhier notamment. « Bien qu'aucune loi, dit Bouhier, ne doive avoir une valeur extra-territoriale, cependant l'intérêt particulier des peuples limitrophes, la courtoisie, la bienveillance mutuelle et la considération que, dans les cas semblables, les propres lois auraient le même avantage, conseillent de faire quelques exceptions aux principes absolus, et d'étendre l'autorité de certaines lois au delà des limites du territoire de chaque souverain. Une semblable extension doit être admise toutes les fois que l'intérêt et l'utilité commune l'exigent et on doit la considérer comme conseillée par la *Comitas gentium* (2). »

C'est là une idée fausse, qui aujourd'hui n'a plus que bien peu de défenseurs (3). Le droit ne dépend pas des rapports de bon voisinage que les Etats peuvent avoir intérêt à entretenir mutuellement ; il est absolu de sa nature, et le soumettre à une tolérance courtoise revient à en nier l'existence. « Quelle est, en effet, dit M. Fiore, la raison pour laquelle on admet, pour une catégorie déterminée de lois, une extension territoriale ? La *comitas gentium*, c'est-à-dire

1. Hertius, *de collis legum*, § 4, n^{os} 3-4. Huber, *de conflictu legum*, I. III, § 2.

2. Bouhier, Ch. XXV, § 62-63. Boullenois, *Principes généraux*, n^o 18, 23, 25. Il semble que cesoit aussi la doctrine de Fœlix. Cf. Fœlix t. I. p. 19.

3. Un livre récent de M. de Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit international privé* contient cependant la justification de ce système, à l'appui duquel l'auteur ne donne pas, d'ailleurs, d'arguments bien nouveaux.

la courtoisie, la bienveillance, l'utilité réciproque ? En vérité nous ne saurions comprendre comment la courtoisie peut servir à décider des questions de droit. Ou l'individu a droit à ce que sa capacité juridique, comme elle est déterminée par la loi nationale, soit aussi reconnue en dehors des limites du territoire, et dans ce cas la loi aura une extension au-delà des limites territoriales et en vertu d'un principe de droit et non par courtoisie. Ou l'individu n'a aucun droit, et tout dépend de la courtoisie ; chaque Etat peut déterminer les limites dans lesquelles cette courtoisie peut être valable, et alors nous tombons dans l'arbitraire et dans l'indéterminé (1). »

Une autre théorie se fonde non pas sur la courtoisie, mais sur la réciprocité ; elle est reproduite encore assez fréquemment aujourd'hui (2). On dit : la réciprocité qui préside aux rapports internationaux exige l'application aux étrangers de leur loi nationale ; les Français étant régis à l'étranger par la loi française, il faut décider que réciproquement les étrangers sont régis en France par leurs lois propres. La raison est inexacte. Sans doute si les tribunaux étrangers appliquaient toujours aux Français hors de France leur loi nationale, nos tribunaux devraient agir de même à l'égard des étrangers ; alors il y aurait réciprocité. Mais nous avons dit que l'article 3 C. civ. ne s'adresse pas aux juges étran-

1. Fiore, *Traité de Droit int. privé* (trad. Pradier-Fodéré), p. 65. Cf. Lawrence, *Commentaires sur Whealon*, III, p. 60.

2. Merlin, *Répert. V^o Loi*, § 6. Proudhon et Valette, t. I, p. 80. Barde, *op. cit.* Story, *Conflicts of laws*, § 18.

gers; et en fait dans nombre de cas la loi française ne sera pas appliquée par eux. Dès lors, si nos tribunaux appliquent une loi étrangère, ce ne sera nullement par droit de réciprocité. L'idée de réciprocité n'implique qu'un simple désir, le désir que si les tribunaux d'un pays appliquent à leurs justiciables étrangers leur loi personnelle, les tribunaux des pays étrangers en fassent autant à l'égard de nos nationaux. C'est la seule conséquence qu'il y ait à tirer de la réciprocité.

Enfin, d'après M. de Savigny, le droit est toujours l'effet d'une convention, et par conséquent tous les rapports juridiques sont une création purement volontaire de l'homme. Appliquée au droit international privé, cette théorie considère le consentement des parties comme le fondement du droit, et dans le cas d'un conflit de lois, on devra le résoudre par l'application de la loi que les parties ont présomptivement acceptée (1).

Cette explication a le défaut de manquer de précision. D'après quelles règles fixera-t-on la loi qu'on présume avoir été acceptée? Et d'ailleurs, est-il vrai que la soumission à une loi soit toujours purement volontaire? Sans doute l'individu peut se soustraire à l'empire d'une loi personnelle qui lui déplaît par une naturalisation à l'étranger; mais tant qu'il relève d'une loi déterminée, sa soumission à cette loi n'est pas volontaire.

1. Savigny. *Système* VIII, n. 361.

À notre avis, la véritable base de notre doctrine est la suivante :

Au point de vue philosophique, la loi n'a aucune raison d'être en tant que principe abstrait. Elle n'existe que dans l'intérêt de l'individu ; elle règle ses intérêts et elle limite ses droits. Si donc l'intérêt d'un étranger commande l'application en France de sa loi nationale, il n'y a nulle raison de se refuser à cette application, dès l'instant que les principes d'ordre absolu français n'en souffriront aucune atteinte.

Au point de vue des textes, la disposition de l'article 3, § 3 C. civ. suppose un principe implicitement admis par le législateur, qui a considéré qu'entre la nationalité et l'état des personnes il y a un lien si étroit que la seule loi applicable à cet état est la loi nationale à laquelle elles appartiennent. Il est dans la nature des choses qu'en cette matière les individus soient régis par leur loi nationale ; ce n'est ni une question de courtoisie, ni une question de réciprocité ; c'est une question de raison et de justice.

Il nous paraît certain que ç'a été la pensée des législateurs. D'autre part, il n'est pas douteux que ceux-ci aient entendu reproduire, dans ses grandes lignes, la doctrine de l'ancien droit ; ils opposent, dans l'article 3 C. civ. les lois de police et de sûreté et celles qui régissent les immeubles, correspondant au statut réel, à celles qui régissent les personnes, correspondant au statut personnel. L'intention est certaine. Quant au silence de la loi à l'égard des étrangers

en France, il s'explique par la difficulté que l'on rencontra de trouver une formule précise (1).

Les rédactions successives qui furent proposées pour l'article 3 ne laissent aucun doute sur la pensée de leurs auteurs. Le texte primitivement proposé et qui avait reçu une rédaction assez étendue, fut combattu, et la commission substitua une disposition ainsi conçue : « La loi oblige indistinctement tous ceux qui habitent le territoire. L'étranger y est soumis pour les biens qu'il possède et pour sa personne pendant sa résidence. Sur les critiques du tribunal d'appel de Grenoble et de Tronchet qui firent observer que l'étranger n'est pas soumis aux lois civiles qui règlent l'état des personnes, le texte fut modifié ; on effaça même le mot *indistinctement* qui pouvait faire naître des doutes et l'on s'en tient au texte définitif qui a passé dans le Code (2).

On peut remarquer que la doctrine internationale semble se diriger vers des solutions uniformes. En Allemagne le nouveau Code civil fédéral abandonne la loi du domicile comme base du statut personnel pour adopter la loi nationale ; et l'Institut de Droit international, dans sa session d'Oxford en 1880 a voté les résolutions suivantes : « l'état et la capacité d'une personne sont régis par les lois de l'Etat auquel elle appartient par sa nationalité. Lorsque une personne n'a pas de nationalité connue, son état et sa capacité sont régis

1. M. Brocher croit qu'il y a là une lacune volontaire. *Cours de droit international privé*, t. I, p. 41.

2. Loqué, I, p. 612.

par les lois de son domicile. Dans le cas où différentes lois civiles coexistent dans un même Etat, les questions relatives à l'état et à la capacité de l'étranger seront décidées selon le droit intérieur de l'Etat auquel il appartient ».

CHAPITRE I

Filiation légitime.

La filiation légitime est circonscrite, en droit français, dans des limites rigoureuses ; le code civil a dû fixer avec une extrême précision les règles suivant lesquelles elle se constitue et se prouve. La paternité étant un fait mystérieux impossible à établir avec une certitude absolue, force a été de fonder toute théorie de la loi sur la présomption romaine « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* » reproduit dans l'art. 312 C. civ. L'intérêt social a porté la loi à rendre cette présomption aussi forte que possible, et à lui attacher la valeur d'une preuve. En fait, cependant, elle pourra se trouver contraire à la réalité : de là la nécessité d'en régler minutieusement la portée, les cas où elle pourra être combattue ainsi que les conditions de cette action.

Il y a un intérêt social évident à ce que la filiation légitime puisse être établie aisément : de là les règles des art. 319 C. civ. et suiv. sur la preuve. Il y a une utilité sociale non moins grande à ce qu'une fois établie, elle ne puisse être contestée que difficilement, et seulement dans des cas exceptionnels. Le code n'en a admis que trois (art. 312 et 313 C. civ.) ; enfin, il est essentiel de ne pas laisser l'état et

les droits de l'enfant longtemps en suspens ; il faut que l'action en désaveu, dans les cas où la loi l'autorise, soit introduite sans retard ; de là les délais très brefs fixés par les art. 316 C. civ. et suiv.

Sur tous ces points les législations étrangères varient. Elles diffèrent quant aux preuves qu'elles admettent de la légitimité, quant aux cas de désaveu qu'elles permettent, quant aux délais qu'elles ouvrent, quant aux formes de procédure : toutes causes fréquentes de conflits, qui s'élèveront toujours dans les mêmes conditions, à raison de l'antagonisme de la loi territoriale et de la loi nationale des parties intéressées.

Nos recherches précédentes nous ont conduit à poser le principe fondamental : en matière de filiation, les conflits de lois doivent être résolus par l'application de la loi nationale des parties. Mais une première difficulté peut se présenter ici. Lorsque le mari, la femme et l'enfant auront la même nationalité au moment de la conception et de la naissance, et à l'époque du procès, nul doute que la loi applicable ne soit celle de leur nationalité commune. Que décider au contraire au cas où ils appartiennent à des nationalités différentes ? Il suffit, pour que l'hypothèse se présente, de supposer un individu né en France d'un père qui lui-même y est né (art. 8, § 3 C. civ.) Cet individu est Français ; le père peut rester étranger. Appliquerons-nous en pareil cas la loi du père ou celle de l'enfant ?

Deux systèmes ont été formulés sur ce point.

Le premier, qui est soutenu par M. Weiss, donne la pré-

férence à la loi de l'enfant, parce que, dit-on, toutes les fois qu'un conflit de lois s'élève entre deux lois personnelles, il faut faire prévaloir celle de la partie dont l'intérêt est le plus directement en cause. Or, dans notre hypothèse, c'est l'intérêt de l'enfant, et non celui du père que le désaveu atteint le plus profondément (1).

Nous préférons nous rallier à la seconde solution, qui donne la préférence à la loi du père, et qui est défendue par MM. Laurent, Fiore et Duguit (2). Elle se fonde sur les raisons suivantes, dont on ne contestera pas la force. La filiation légitime est une conséquence du mariage, et la loi du mariage est celle du mari. Donc le statut personnel du mari détermine la loi qui doit régir la filiation, la procréation des enfants étant l'objet direct du mariage. Puisque c'est la loi du mariage qui établit la présomption de légitimité, c'est aussi cette loi qui doit en déterminer les effets. La nationalité distincte, et par suite le statut différent que l'enfant peut acquérir n'ont aucune influence sur la filiation ; elle reste déterminée par la loi qui existait à l'époque de sa naissance, et cette loi est celle du père. Dans l'espèce que nous avons choisie, la loi applicable sera, non pas celle de l'enfant, mais celle du père. M. Fiore dit : « Comme la légitimité doit toujours dépendre du fait qu'on a été conçu ou qu'on est né du-

1. Weiss, *traité élémentaire de droit int. privé*, p. 550. Durand, *Essai de droit int. privé*, p. 340.

2. Laurent, *Droit civil international*, t. V, p. 508. Fiore (trad. Antoine) t. II, p. 239. Duguit, *Du conflit des lois en matière de filiation*, Clunet, 1885, p. 359.

rant le mariage, et que ce fait doit être apprécié d'après la loi régulatrice des rapports de famille, l'enfant ne pourrait pas avoir le droit d'invoquer une autre loi pour y soumettre la famille à laquelle il prétendrait appartenir » (1). Ajoutons que si le désaveu intéresse l'enfant, il nous semble qu'il intéresse le père à un degré au moins égal. Nous appliquerons donc la loi du père.

Une autre hypothèse a été prévue par les partisans de ce système. On suppose qu'au moment où la contestation relative à la légitimité est soulevée, la différence de nationalité existe non plus entre l'enfant et le mari ; mais entre ce dernier et la femme. D'après quelle loi résoudra-t-on le conflit ? A notre avis, aussi par la loi du mari. Le désaveu, qu'il soit dirigé contre le père ou contre la mère tend à modifier la composition de la famille. C'est par suite à la loi de la famille, c'est-à-dire à celle du mari et du père, qui en est le chef, qu'il faut se référer, telle qu'elle existait au moment de la naissance, pour déterminer le droit des parties, le délai utile pour exercer l'action, les moyens de preuve et tous les éléments de fond de l'existence. Peu importerait même que le mari fût ou non appelé en cause ; c'est là une simple question de procédure sans influence sur la loi qui doit régir l'instance (2).

Un troisième cas peut surgir. Le conflit peut naître, non plus entre la loi personnelle du mari et celle de l'enfant, ou de la femme, mais entre les lois de deux nations auxquelles

1. Fiore, *op. et loc. cit.*

2. En ce sens Duguit, *loc. cit.*

les parties ont successivement appartenu ; il faut supposer pour cela qu'entre la conception et la naissance, le mari a changé de patrie. Ainsi :

1° Un Français devient, après son mariage Autrichien, et 180 jours après le mariage naît un enfant. Si le père était resté Français, l'enfant serait légitime (art. 312 C. Civ.) La loi autrichienne au contraire répute illégitime l'enfant né avant le septième mois du mariage. De quelque façon qu'on fasse le calcul, il y aura entre les deux termes une différence de quelques jours. Appliquera-t-on à l'enfant la loi du père au moment de la conception, c'est-à-dire la loi française, ou la loi du père au moment de la naissance, la loi autrichienne ?

2° Une Française a épousé un Autrichien ; elle devient Autrichienne (art. 19 C. Civ.). Après la mort de son mari elle use du bénéfice de l'art. 19 C. Civ. et redevient Française ; et 302 jours après la dissolution du mariage naît un enfant. Il serait légitime d'après la loi autrichienne, qui déclare légitime les enfants nés dans le dixième mois après la mort du mari. D'après la loi française (art. 315 C. Civ.), la légimité peut être contestée. Il faut choisir entre les deux lois.

A notre avis il n'y a pas de doute. En matière de filiation un seul fait peut être établi avec certitude, c'est la naissance. C'est donc uniquement de la naissance, fait générateur de la légimité, que celle-ci doit dépendre. En vain dirait-on que la question litigieuse ne concerne pas la naissance, mais la conception. La conception est un fait incertain, douteux,

auquel on ne peut assigner aucune date précise; en tenir compte ici serait s'exposer à de multiples chances d'erreur. Au contraire le fait de la naissance évite toute difficulté.

Nous donnerions à plus forte raison la même décision au cas où le père aurait changé de nationalité postérieurement à la naissance. La condition de l'enfant étant fixée par la naissance, il est impossible que le père puisse, par un acte arbitraire de sa part, modifier une situation qui constitue un droit acquis à l'enfant. Et cette solution est d'autant plus nécessaire qu'elle sera utile pour déjouer une fraude préjudiciable à l'enfant. La loi de la nouvelle patrie acquise par le père peut lui donner un moyen de désaveu ou un délai que ne lui accordait pas sa loi originaire. Il serait dangereux de permettre au père de compromettre l'état de l'enfant grâce à une naturalisation obtenue dans une intention suspecte.

Mais il est possible que l'application rigoureuse de ces règles soit défavorable à l'enfant, et que celui-ci eût intérêt à invoquer, non la loi de la naissance, mais celle de la conception. Il en sera ainsi dans notre premier cas. En présence de ce résultat, est-il équitable de maintenir l'application stricte des principes? M. Laurent estime que dans les hypothèses de cette nature, l'enfant pourra invoquer le bénéfice de la maxime qui le répute né, quoique simplement conçu, lorsqu'il s'agit de ses intérêts. Dans ce cas il aurait le choix entre deux statuts, celui de sa conception et celui de sa naissance (1).

1. Laurent, *op. cit.*, p. 509.

Nous ne partageons pas ce sentiment. D'abord il est très difficile de dégager la portée exacte de la règle *Infans conceptus...* Mais quelque sens qu'on y attache, elle ne peut avoir d'autre effet, croyons-nous, que d'assurer à l'enfant simplement conçu les droits pécuniaires qui lui seraient acquis *hic et nunc* s'il était né, une succession par exemple. Elle n'a pas d'objet dans la matière de la filiation. Les lois qui règlent la filiation sont des lois d'ordre public, touchant à l'organisation de la famille, et indépendantes des intérêts individuels.

Ecarterons les hypothèses de cette nature et bornons-nous à examiner le conflit le plus ordinaire, celui qui se produira entre la loi territoriale et la loi personnelle. Ces conflits se présenteront le plus souvent sous deux formes principales. Tantôt ils naîtront à l'occasion d'une action en réclamation d'état, introduite par l'enfant pour faire établir sa filiation légitime, ou d'une action en contestation de légitimité engagée contre lui ; tantôt ils s'élèveront au cours d'une procédure de désaveu.

§ 1. — Réclamation ou contestation d'état.

Supposons qu'un individu, dont la légitimité est contestée, veuille la faire établir judiciairement, qu'il s'agisse d'un Français à l'étranger ou d'un étranger en France. Ici toute la question est celle de la preuve. Si le procès s'élevait entre français devant un tribunal de France, le demandeur aurait à prouver : 1° que sa mère était régulièrement ma-

riée à l'époque de sa conception ; 2° qu'il est identiquement l'enfant dont elle est accouchée. Ces deux faits établis, avec l'aide de sa présomption *pater is est* sa filiation serait prouvée. Or il est possible que la loi étrangère partie au conflit permette de justifier de la légitimité au moyen de preuves, soit plus faciles, soit plus rigoureuses. D'après quelle loi, alors, pourra-t-il faire les preuves nécessaires ? Est-ce d'après la loi personnelle ? Est-ce d'après celle du lieu où le procès se poursuit ?

On pourrait dire, en faveur de la *lex fori*, que les lois relatives à la filiation tendent uniquement à en assurer la preuve dans les meilleures conditions possibles ; que l'administration des preuves fait partie de la procédure, qui se rattache au droit public. La preuve d'un acte juridique quelconque doit dépendre de la loi du lieu où le procès se déroule ; il en sera ainsi pour la preuve de la filiation. Cette opinion est soutenue par M. Brocher (1).

Elle est inadmissible, à notre sens. Dans la théorie de la filiation, il y a autre chose qu'une question de preuve. Il est manifeste que les délais de l'action et la nature des preuves touchent au fond du droit et non à la procédure. Comme l'observe M. Weiss (2), l'argument repose sur une confusion entre la preuve en elle-même et la forme dans laquelle cette preuve est administrée. La forme est du domaine exclusif de la procédure et relève, par suite, de la *lex fori* : Quant au moyen de preuve en lui-même, il est

1. Brocher, *op. cit.*, p. 309.

2. Weiss, *op. cit.*, p. 547.

lié audroit qu'on invoque. Un droit, faculté légale abstraite, n'est utile que si on peut le prouver suivant le mode de preuve accordé par la loi : la preuve de la légitimité s'incorpore à la question de fond et dépend de la même loi.

Voilà le principe ; mais il n'est pas absolu. Lorsque la preuve produite sera pareille ou analogue à celles que la loi française autorise pour la preuve de la légitimité des Français, il recevra en général son application. Lorsqu'il s'agira d'une preuve que notre loi n'admet pas, des difficultés seront possibles.

La preuve de la légitimité normale, est l'acte de naissance ou un acte équivalent. Lorsqu'un acte dressé à cet effet sera produit en France, l'application de la règle *Locus regit actum* et de l'art. 47 C. civ. résoudra le conflit. A la seule condition que l'acte qui leur est soumis ait été passé dans les formes requises par la loi locale, nos tribunaux devront tenir la filiation pour établie. Dans certains pays les actes de l'état-civil sont tenus par le clergé : il est de jurisprudence certaine qu'un individu prouve sa filiation légitime lorsqu'il établit que le mariage de ses parents a été célébré par un prêtre conformément à la loi locale et qu'il produit un acte de baptême établissant sa filiation (1).

Aux termes de l'article 322, C. civ., la légitimité est irrévocablement établie lorsqu'à l'acte de naissance se joint une possession d'état conforme. La présomption est absolue. Si d'autres législations, moins rigoureuses, permettent de

1. Bordeaux, 28 déc. 1885, et Bordeaux, 21 déc. 1886, (*La Loi* 3-4, oct. 1887 et *Clunet*, 87, p. 600).

contester l'état d'un enfant malgré un acte de naissance appuyé d'une possession d'état, nos tribunaux devront-ils appliquer la loi étrangère ?

A première vue il pourrait sembler que l'article 322 C. civ. ait en vue la protection de l'état-civil des personnes et soit, par suite, une disposition d'ordre public absolue. Nous ne le pensons pas. L'art. 322 ne concerne que l'état des français, non celui des étrangers. Comme il s'agit d'une question relative à l'organisation de la famille la seule loi compétente à cet égard est la loi nationale des intéressés.

Nous avons supposé jusqu'à présent que des actes de l'état civil réguliers sont produits en France. Supposons que ces actes ne puissent être produits. Lorsqu'il s'agit de Français, l'article 197 C. civ. ne permet pas de contester la légitimité d'enfants issus de deux personnes ayant publiquement vécu comme mari et femme lorsque cette légitimité est prouvée par une possession d'état non contredite par un acte de naissance. A défaut même de possession d'état constante, l'article 323 C. civ. autorise la preuve de la légitimité par témoins, mais seulement en cas d'un commencement de preuve par écrit ou de présomptions graves.

1° En ce qui concerne le français à l'étranger, ces dispositions doivent très certainement s'appliquer. La question s'est présentée devant nos tribunaux dans l'affaire Linant et a été résolue en ce sens (1). On contestait la légitimité d'en-

1. Trib. cons. Caire, 2 mai 1884 Aix, 6 mai 1885. Cass., 8 juillet 1886 (Clunet, 1886, p. 585). V. aussi Trib. cons. Caire, 19 décembre 1890 (Clunet, 1891, p. 598).

fants nés à la suite d'un mariage contracté par un Français en Angleterre en 1825 et affirmé au Consulat de France au Caire, mais dont il fut impossible de rapporter aucune preuve écrite parce qu'à cette époque il n'existait point en Angleterre de registres de l'état civil. Le tribunal et les cours ont repoussé la demande par application directe de l'article 197 C. civ.

2° En ce qui concerne l'étranger en France, il faut en principe appliquer, quant aux preuves de la légitimité, sa loi nationale. Il se peut que celle-ci soit moins rigoureuse que la loi française, qu'elle admette, par exemple, la preuve testimoniale *de plano*, ou qu'elle se contente de la possession d'état à l'égard de la mère : nos tribunaux devront tenir ces preuves pour suffisantes. La loi étrangère est-elle au contraire plus rigoureuse que la loi française ? n'admet-elle, par exemple, qu'un seul mode de preuve, l'acte de naissance, elle devra certainement recevoir son application. Il en sera de même dans toutes les questions que soulève la preuve de la légitimité (1).

Toutefois, des difficultés plus graves surgissent lorsque, par hypothèse, l'étranger veut, en France, prouver sa filiation par un mode de preuve que sa loi personnelle autorise, mais que la loi française repousse. Voici le principe que nous formulons à cet égard : Lorsque la loi étrangère autorise, pour prouver la légitimité ; l'emploi de preuves que n'admet pas la loi française, il y a lieu de les accueillir en

1. Trib. civ. Seine, 2 juillet 1892 (Clunet, 92, p. 962).

France toutes les fois qu'elles ne se heurtent pas à une règle d'ordre public absolu ou international. Nos tribunaux admettent implicitement ce principe ; voici des applications qu'ils en ont faites.

1° On contestait en France la légitimité d'une Russe. A l'appui de sa prétention, le demandeur invoquait les listes de recensement de sa province conformément à l'art. 123 du *Svod* (Lois civiles russes), édition de 1843, aux termes duquel la légitimité peut s'établir, à défaut d'acte de baptême ou de pièces officielles de la paroisse ou du synode, par les listes de recensement. Y avait-il lieu d'admettre ce mode de preuve ? Le Tribunal l'a pensé. En fait, il a remarqué que l'édition de 1857 du *Svod* diminue la force probante de ces listes, laissant le juge libre de les accepter ou de les repousser, ou encore de contrôler l'exactitude de leurs énonciations au moyen d'une enquête, et il a ordonné un supplément d'enquête (1).

2° Dans certains Etats de l'Amérique du Nord, notamment dans ceux de New-York et de Pensylvanie, où le mariage est un acte purement consensuel, sans formes aucunes, la rédaction d'un acte écrit n'est exigée ni pour la validité ni pour la preuve du mariage. Les conjoints peuvent demander au ministre du culte qui les unit un certificat, mais c'est une simple faculté dont l'usage est laissé à leur appréciation. Le mariage est suffisamment prouvé par la

1. Seine, 14 mars 1879 (Garfunkel c. Rabbinowitch, *Clunet*, 79, p. 544. *Gaz. des Trib.* 15 mars 1879). Cf. Lehr, *Eléments de droit civil russe*, I. p. 71.

cohabitation et la *réputation* (possession d'état). Dans l'espèce, la légitimité d'un enfant étant contestée, on apporta à titre de preuve une attestation d'un médecin et de deux témoins, constatant que le 4 septembre 1859 la dame Anne Hicks, épouse Dussauce, était accouchée à New-York d'un enfant du sexe féminin et que cette attestation s'appliquait à l'enfant dont la légitimité était contestée. Le Tribunal n'a pas tranché la question au fond; il s'est fondé sur ce que l'enfant avait la possession d'état pour le déclarer légitime. A défaut de cette possession d'état, nous croyons que le Tribunal aurait dû tenir pour suffisante la preuve qui lui était fournie (1).

3^e Plusieurs décisions ont admis qu'à défaut d'acte de naissance, lorsqu'il n'en est pas dressé à l'étranger, la légitimité peut se procurer par un acte de notoriété. Dans une espèce soumise au tribunal de la Seine le 3 août 1894, on apportait comme preuve du mariage un acte de notoriété dressé aux Etats-Unis établissant que le sieur P... et la dame C..., passaient pour légitimement mariés; on apportait en outre un acte de naissance, mais dressé 14 ans après la naissance. Le tribunal ayant refusé de tenir ce dernier acte pour authentique, on lui soumet un certificat de coutume établissant que dans l'Etat de New-York la rédaction d'un acte de l'état civil n'étant nécessaire ni pour prouver le mariage, ni pour aider à prouver la naissance légitime, il pouvait y être suppléé par la production d'un acte de

1. Paris, 20 janvier 1873. S. 73. II. p. 177 (Dussauce) Cass. 13 janvier 1857. S. 57. I. 81.

notoriété (1). On lit dans le jugement « que si la légitimité d'un enfant doit, aux termes de la loi française, résulter de la preuve combinée du mariage des père et mère et de la naissance de l'enfant, ces faits peuvent être prouvés d'après la loi du pays étranger où ils sont accomplis. »

Les règles concernant la preuve doivent être étendues à tous les autres éléments de fond de l'instance en réclamation ou en contestation d'état. Ainsi aux termes de l'art. 328 C. civ. l'action en réclamation d'état est imprescriptible. Il est possible que la loi étrangère qu'il s'agit d'appliquer édicte une prescription que nous supposerons encourue. A notre avis, la loi étrangère devra, ici encore, recevoir son application. Il serait inexact d'objecter que l'art. 328 est d'ordre public. Sans doute ce texte est d'ordre public pour les Français, en vue desquels il a été spécialement écrit, mais il ne l'est que pour eux et non pour les Etrangers dont le Code n'a pas entendu protéger l'état. Autrement dit, l'art. 328 est d'ordre public purement interne et non absolu ou international ; car la prescription n'a ici rien d'immoral.

L'art. 327 C. civ. contient une disposition exceptionnelle, d'après laquelle l'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état. Il est assez malaisé de définir avec précision ce qui constitue le délit de suppression d'état ; nous n'avons pas à entrer dans cette controverse. Bornons-nous à supposer qu'un délit de suppression d'état, c'est-à-dire

1. Seine, 3 août 1894 (Clunet, 94, p. 374).

un ensemble de manœuvres délictuelles desquelles il résulte que la preuve de la légitimité d'un individu a été sciemment supprimée, a été commis en France par un étranger ou un Français, contre un étranger ou un Français. L'art. 327 C. civ. sera-t-il applicable ? Oui. En effet, quel que soit le motif de ce texte, il est incontestable qu'en l'écrivant, le législateur a entendu régler l'exercice de l'action publique ; il constitue donc une disposition de droit criminel, c'est-à-dire d'ordre public, et s'impose aux étrangers comme aux nationaux, en vertu de l'art. 3 § 1, C. civ. D'autre part, le ministère public a le droit de poursuivre, même d'office, la répression d'un délit de suppression d'état commis en France, alors même qu'il n'intéresserait que des étrangers. L'exercice de l'action publique étant toujours réglé par la loi du pays où elle est intentée, l'art. 327 s'appliquera très certainement dans tous les cas.

L'art. 1004 Pr. civ. défend de transiger ou de compromettre sur les questions d'état. La loi étrangère peut, au contraire, le permettre. Si une action en réclamation ou en contestation d'état d'un étranger est portée devant nos tribunaux et que le défendeur excipe d'une transaction ou d'un compromis autorisés par la loi personnelle, devra-t-on accueillir son exception à l'encontre de l'art. 1004 ? Nous le croyons. Encore ici il s'agit d'une disposition d'ordre public seulement relatif. Bien entendu, il en serait autrement si le compromis ou la transaction invoquée en justice dissimulaient un délit de suppression d'état ; la transaction invoquée n'aurait pas d'effet contre l'exercice de l'action publique.

Aux termes de l'art. 329 C. civ., si l'enfant est décédé avant d'avoir introduit l'action, ses héritiers peuvent l'exercer s'il est décédé encore mineur ou dans les cinq ans qui suivent sa majorité. La loi personnelle des parties devra être appliquée sur ce point lorsqu'elle prescrit un délai différent pour l'exercice de l'action. Les considérations d'ordre public qui ont fait édicter l'art. 329 sont d'ordre purement interne, sans égard pour les étrangers. Il en est de même de l'art. 330 C. civ. qui autorise les héritiers de l'enfant à suivre l'instance commencée par lui et interrompue par la mort; il faudrait observer à cet égard les dispositions de la loi étrangère.

Si l'enfant s'était désisté de sa demande, certains pensent qu'il y a lieu de s'en référer à la *lex fori* pour apprécier la validité du désistement qui, dans cette opinion, est considéré comme un simple acte de procédure. Il faut, à notre avis, faire une distinction. Il n'en sera ainsi que lorsque le demandeur s'est désisté de son instance; alors on peut dire que son désistement constitue un acte de procédure. Mais si le désistement porte sur l'action, il devient un acte de disposition, touchant au fond même du droit et nécessitant l'application de la loi personnelle de celui qui le conclut.

§ 2. — Du désaveu.

La preuve directe de la filiation n'étant pas possible à l'égard du père, toutes les législations la font reposer sur la présomption romaine *Pater is est quem nuptiæ demons-*

trant ; mais elles diffèrent sur la force probante de cette présomption et sur les conditions dans lesquelles elle s'exerce. Il s'ensuit que les conflits relatifs au désaveu devront être résolus par l'application de la loi personnelle des intéressés, et, si l'enfant et le prétendu père relèvent de patries différentes, d'après la loi nationale de ce dernier. C'est cette loi qui déterminera les personnes appelées à prendre part à l'action, les causes du désaveu, le temps pendant lequel il pourra s'exercer et les preuves à fournir à l'appui de la demande, sous la réserve que lorsque cette loi personnelle sera contraire à nos principes d'ordre public absolu, elle devra s'effacer derrière eux.

A la vérité, M. Brocher soutient que la règle *Pater is est* « n'étant pas autre chose qu'une présomption fixant les « conditions premières de la légitimité, cette présomption « se présente moins comme preuve que comme règle de « droit, puisqu'elle ne préjuge rien sur l'existence des faits « qu'elle se contente de supposer. » Il en conclut que les faits spéciaux invoqués à l'appui du désaveu rentrent dans le domaine de la règle *Locus regit actum* (1). Sans entrer dans la discussion, peut-être subtile, indiquée par M. Brocher, nous ne saurions accepter cette conséquence. Il nous semble que la présomption légale de l'article 312 C. civ. constitue à la fois une règle de droit et un mode de preuve. Or, nous avons dit qu'en matière de filiation la preuve s'incorpore au droit lui-même ; et la seule loi qui ait qualité

1. Brocher, *op. cit.*, p. 309.

pour fixer les conditions du désaveu est la loi nationale des individus. D'où nous concluons :

1° Que lorsqu'une loi étrangère n'admet pas une cause de désaveu que reconnaît notre loi, le tribunal saisi devra rejeter la demande.

2° Que lorsqu'au contraire la loi étrangère permet le désaveu pour une cause que la loi française repousse nos tribunaux devront *en principe* l'accueillir.

La principale cause de désaveu que la plupart des codes étrangers reproduisent est la naissance de l'enfant trop rapprochée de la célébration du mariage ou trop éloignée de sa dissolution. Le code civil fixe à 180 jours le temps le plus court nécessaire à la gestation et à 300 le temps le plus long. Ces délais se retrouvent, avec des variations peu sensibles, dans les législations étrangères. L'enfant né avant le 180^e jour du mariage ou après le 300^e de sa dissolution est réputé illégitime dans les législations de la Hollande, de la Serbie, des cantons de Vaud, Argovie, Berne, Lucerne, Neuchâtel, Soleure, Zurich, du Tessin; en Italie, en Espagne, et en Pologne; toutefois la loi espagnole admet l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage à prouver sa filiation par tous les moyens.

En Autriche est réputé illégitime l'enfant né avant le septième mois de mariage ou après le dixième de sa dissolution, sauf, si la gestation a dépassé ce terme, la faculté pour les tribunaux de demander aux gens de l'art l'« explication d'un cas aussi extraordinaire. » En Norwège, le père peut désavouer l'enfant né avant la trente-et-unième semaine à

dater du mariage ou après la quarantième de sa dissolution. En Turquie, le temps de grossesse le plus court est de six mois et le plus long de quatorze mois, suivant les uns, de vingt-quatre suivant les autres (1).

En Angleterre, tout enfant né pendant le mariage est légitime, fût-ce le lendemain de sa célébration ; mais la présomption de paternité disparaît lorsque les époux sont judiciairement séparés (2). Quant au délai présumé de la gestation, il est laissé à l'appréciation des tribunaux.

En droit germanique, l'enfant né pendant le mariage est légitime ; peu importe qu'il soit conçu avant. On peut toutefois désavouer l'enfant né trop tôt après la célébration du mariage ou trop tard après sa dissolution ; les délais présumés de gestation sont en général de 182 jours à 302 jours (3). Le Code civil allemand de 1896 les a fixés à 181 jours au moins et à 302 jours au plus, le 181^e et le 302^e jours compris ; mais il faut que pendant le délai légal, le mari ait cohabité avec sa femme (art. 1591).

En Russie, on répute légitimes les enfants nés d'un mariage régulier après le 180^e jour de la célébration du mariage ou dans les 306 jours de sa dissolution (*Svod*, art. 119-125) ; dans les Provinces-Baltiques, le délai *minimum* est de 182 jours. Le droit d'intenter le désaveu appartient exclusivement au père ; la mère ne peut, par ses aveux, mettre en doute la légitimité de l'enfant. Même règle en

1. De Saint-Joseph, *Concordance des Codes*, I, XXV.

2. Lehr, *Éléments de droit civil anglais*, p. 112.

3. Lehr, *Éléments de droit germanique*, p. 373.

Autriche (1). Toutes ces dispositions devront être observées en France ; on ne saurait alléguer contre leur application, aucune raison d'ordre public.

Aux termes de l'art. 313 C. Civ. l'impuissance naturelle n'est pas une cause de désaveu. En Bavière et en Portugal, au contraire le désaveu est possible pour cause d'impuissance et en général *per evidentiam facti*. En Angleterre, l'impossibilité de la paternité est établie par toutes espèces de preuves. Nos tribunaux saisis d'une demande en désaveu pour cause d'impuissance devront-ils l'accueillir, conformément à la loi étrangère ? La question est très délicate. Le Code civil a refusé de faire de l'impuissance une cause de désaveu pour une double raison : d'abord à cause de la nature scandaleuse et immorale de la preuve, ensuite à raison de la fragilité et de l'incertitude de ses résultats dans une contestation aussi grave. Sur ce point on est d'accord. Mais il s'agit de savoir laquelle de ces considérations l'emporte sur l'autre. Si le but du législateur a été avant tout d'éviter des débats de nature obscène, nul doute qu'une raison d'ordre public absolu ne fasse obstacle à l'application en France de la loi portugaise ou bavaroise. Mais si le motif déterminant du législateur a été l'incertitude de la preuve devant la gravité de ses conséquences, la loi étrangère doit être appliquée.

C'est en ce dernier sens que se prononcent MM. Fiore et Duguit (2). Ces auteurs ne croient pas que l'ordre public serait troublé si la preuve de l'impuissance était admise aux

1. Lehr, *Éléments de droit civil russe*, t. I, p. 71.

2. Fiore, *op. cit.*, t. II, n° 714. Duguit, *op. cit.*, p. 372. V

termes de la loi étrangère. Il s'agirait, suivant eux, des rapports d'une famille étrangère, dont le législateur étranger est seul compétent pour régler la composition. Ils ajoutent qu'il ne saurait résulter de l'application de cette loi une atteinte à l'ordre public interne. « Il suffit, en effet, dit M. Duguit, de considérer que la preuve de l'impuissance peut être administrée en France quand on veut obtenir l'annulation d'un mariage pour cause d'erreur sur la personne. Ce n'est donc pas que le législateur ait considéré comme immoral le débat judiciaire né à l'occasion de l'impuissance naturelle. Il a été guidé uniquement par la faveur toute particulière qu'il accorde aux enfants légitimes. Il n'a pas voulu que la légitimité de l'enfant fût subordonnée à l'issue aussi incertaine d'un procès aussi délicat (1).

Nous ne pouvons partager cette opinion. Si, en théorie, certains auteurs assimilent l'impuissance naturelle à l'erreur sur la personne au point de vue de la nullité du mariage, nous doutons que nos tribunaux, en présence du texte formel de l'art. 313 admettent cette assimilation ; nous n'avons pas trouvé d'arrêts en ce sens. Mais il faut considérer surtout que les rédacteurs du Code, en écrivant ce texte, avaient présent à l'esprit un souvenir historique. Ils n'ont pas oublié les scandales dont la preuve de l'impuissance avait été la source dans l'ancien droit, scandales tels que depuis longtemps les Parlements l'avaient interdite. C'est donc pour une raison de haute moralité qu'ils n'en ont pas fait une

1. Duguit, *op. et loc. cit.*

cause de désaveu, et cette interdiction nous paraît absolue. Nous en concluons qu'une loi étrangère autorisant la preuve de l'impuissance ne sera pas reçue en France (1).

Il faudrait donner une solution contraire au cas où la loi étrangère permettrait le désaveu pour cause d'adultère. L'adultère de la femme est, aux termes de l'art. 313 C. civ. une cause de désaveu à la condition que la naissance de l'enfant ait été cachée au père. Certaines législations n'exigent pas cette condition ; elles se contentent de la preuve de l'adultère. Dans le canton de Vaud, il suffit même, pour que l'enfant puisse être désavoué, qu'il ait été conçu après l'action en adultère intentée contre la femme. Nos tribunaux devront appliquer leurs dispositions ; il serait inexact de dire qu'elles choqueraient la moralité publique, puisque cette preuve est admise dans une instance principale en divorce ou en séparation de corps et même accessoirement à l'appui d'une demande en désaveu (2).

Ce n'est pas seulement quant aux causes de désaveu qu'il faut appliquer la loi personnelle des parties, c'est aussi quant aux délais prescrits pour l'exercice de l'action. L'art. 316 C. civ. limite ce délai à un ou deux mois ; en Italie, le père a deux ou trois mois, selon les cas, pour désavouer l'enfant, à compter de la naissance ; en Espagne, le délai est de deux mois à compter de l'inscription sur le registre des naissances si le père est présent, de trois mois s'il est en Espagne et de six mois s'il est aux colonies. En Prusse,

1. En ce sens, Laurent, *op. cit.*, p. 513.

2. En ce sens, Fiore, *op. cit.*, p. 249.

le père peut exercer le désaveu pendant un an du jour de la naissance ; ce délai a été consacré par le code général allemand et en Russie pendant un et même deux ans selon qu'au moment de la naissance le père se trouvait en Russie ou à l'étranger. Presque partout, le droit passe aux héritiers si le mari ne l'a pas exercé.

Supposons que six mois après la naissance un Prussien intente en France une demande en désaveu. Est-elle recevable ?

En faveur de la négative, on pourrait dire : Le législateur a restreint le désaveu dans une limite très courte par des considérations d'ordre public, pour abréger autant que possible une situation suspecte et dangereuse à la fois pour l'enfant dont l'état est tenu en suspens et pour les familles dont la tranquillité est menacée ; l'étranger demandeur serait en ce cas tenu de se conformer à l'art. 316 C. civ., quel que soit le délai que lui donne sa loi personnelle. Nous ne croyons pas que l'article 316 réponde à cette pensée ; une autre explication paraît plus exacte. Le législateur a probablement pensé que le silence gardé pendant un ou deux mois par le prétendu père implique, de sa part, volonté de renoncer à contester la légitimité de l'enfant. De plus, à mesure qu'on s'éloigne de la naissance, la preuve de la filiation devient plus incertaine. L'ordre public ne s'oppose pas, à notre sens, à l'admission d'une action en désaveu formée par un étranger dans les délais de la loi nationale. Il serait d'autre part erroné de soutenir que les délais de l'article 316 sont des délais de procédure ; ce sont des règles de fond,

en ce qu'ils limitent le droit du mari et qui s'incorporent avec lui.

En fait la question s'est présentée devant nos tribunaux. Un enfant était né en France d'une femme dont le mari était Suisse, et qui avait son domicile en Suisse. La prescription de l'article 316 fut opposée au mari demandeur en désaveu. Devait-on appliquer la loi française ou la loi des Grisons, où était en vigueur le droit romain, lequel ne fixe pas de court délai pour le désaveu? La Cour de Douai se prononça pour la loi romaine (1).

L'article 318 C. civ., aux termes duquel le mari peut prolonger d'un mois le délai du désaveu au moyen d'une notification par acte extra-judiciaire concerne-t-il les étrangers? On pourrait penser que l'acte et le délai sont de pure procédure, rentrant par suite dans la *lex fori*. Nous croyons plus exact de dire qu'il s'agit là d'une règle de fond. Toute disposition relative au délai du désaveu est liée au droit lui-même et relève de la loi personnelle.

L'article 318 soulève une autre question. La loi française n'exige, pour l'exercice du désaveu, aucune formalité particulière; la loi étrangère peut exiger des formes spéciales, actes instrumentaires, notifications, etc. Si l'étranger veut agir en désaveu en France, devra-t-il remplir les formalités que lui prescrit la loi nationale? Certains auteurs, qui y voient des conditions intrinsèques du désaveu, le pensent. Nous estimons, quant à nous, que ce sont là des règles de

1. Douai, 23 nov. 1896. Cf. Merlin., *Repert.* V. *Légitimité*, sect. IV, § 3.

forme, des formalités de procédure pour lesquelles il faut reconnaître compétence à la *lex fori* ; il suffira donc que l'étranger suive les formes du Code civil (1). A l'inverse, si la loi du pays où le désaveu est poursuivi exige des formes extra-judiciaires spéciales, le Français demandeur en désaveu en pays étranger devra, à notre avis, les observer.

En ce qui concerne la transaction et le compromis que les parties peuvent conclure à l'occasion d'une instance en désaveu, nous nous bornons à rappeler la solution donnée plus haut pour l'action en contestation d'état ; les raisons de décider sont les mêmes.

Enfin, l'article 318 C. civ. peut donner lieu à une difficulté de procédure. Ce texte exige que l'assignation en désaveu soit lancée contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant et en présence de la mère. Si, pour la validité de l'instance, la loi personnelle de l'étranger demandeur en désaveu en France n'exige pas cette condition, faudra-t-il néanmoins convoquer le conseil de famille et procéder à la nomination de ce tuteur *ad hoc* ? Certains estiment qu'il ne s'agit pas là d'une règle de procédure, mais d'une règle de fond, et appliquent la loi personnelle des parties. Cette solution nous paraît douteuse. Il n'est pas certain que l'article 318 ne contienne pas, sur ce point, une règle de procédure ; car il faut observer que la volonté de la loi est que l'enfant soit valablement représenté. Or, la mère peut ne pas être touchée par l'assignation et faire défaut, chose grave en matière de désaveu. Comme en pareil cas, l'enfant se trouverait, en fait, sans représentant

1. Duguít, *op. cit.*, p. 374.

légal, et que ses intérêts risqueraient d'être compromis, la présence d'un tuteur *ad hoc* serait des plus utiles ; nous inclinons à admettre ici la *lex fori* : on peut remarquer, au reste — mais c'est là une observation de pur fait — que l'officier ministériel chargé du procès ne se souciera pas d'encourir une responsabilité assez grave par suite de l'omission d'une formalité de procédure, fût-elle surabondante. Dans la pratique, l'article 318 sera toujours observé (1).

Quant à l'exécution du jugement, il n'y a qu'à se référer au Code de procédure civile, à l'article 548 Pr. c. notamment ; il n'y a nulle difficulté à cet égard.

1. Cf. Seine, 23 mai 1883 (*La Loi* du 20 juin 1883). Il s'agissait d'une demande non en désaveu, mais en partage de succession. Le Tribunal a donné notre solution.

CHAPITRE II

Filiation Naturelle.

La loi française, très favorable à la filiation légitime qu'elle permet d'établir, à défaut d'acte de naissance, par la possession d'état et même par témoins, s'est montrée rigoureuse envers celle des enfants naturels. Elle n'en admet la preuve ni par la possession d'état quelque certaine qu'elle soit, ni même par l'acte de naissance. La seule preuve qu'elle autorise est une reconnaissance émanée des père et mère ou de l'un d'eux ; cette reconnaissance doit, aux termes de l'art. 334, C. civ., être constatée par un acte authentique. A défaut de reconnaissance volontaire du père, l'enfant naturel ne peut même pas faire déclarer cette paternité par décision de justice, sauf le cas de rapt (art. 340 C. civ.). La recherche de la maternité est toutefois permise.

Une catégorie d'enfants naturels, ceux qui sont nés de relations adultères ou incestueuses, est soumise à une condition encore plus dure. Aucune reconnaissance n'est possible à leur égard ; ils ne peuvent jamais rechercher ni leur paternité ni leur maternité.

Tandis que la reconnaissance d'un enfant naturel simple

établit des liens de famille entre l'auteur de la reconnaissance et lui, et lui donne certains droits sur la succession, l'enfant adultérin ou incestueux ne peut jamais avoir aucune famille et n'a droit qu'à des aliments (art. 762 C. civ.). Tel est le droit français.

Au point de vue international les législations étrangères offrent à cet égard des contrastes notables. Elles sont en général, moins rigoureuses que la nôtre pour l'établissement de la filiation naturelle. Si, dans certains pays, comme en Angleterre et en Russie, la reconnaissance volontaire n'est pas admise, presque partout la recherche judiciaire de la paternité est autorisée. Il est facile d'apercevoir la gravité des conflits qui s'élèveront en ces matières. Nous avons à en rechercher la solution.

Conformément au principe général qui domine la théorie de la filiation, la loi compétente pour le règlement des conflits qui en résultent est la loi nationale des intéressés. Mais, ainsi que nous l'avons dit, la loi personnelle applicable peut rencontrer un obstacle qui s'opposera à son application dans deux cas ; elle peut se heurter à des questions de forme d'actes ou à des principes d'ordre public absolu. Nous avons trouvé des hypothèses de ce genre dans la filiation légitime ; nous en rencontrerons surtout dans la filiation naturelle. Sous le bénéfice de cette double réserve, le juge aura le devoir de trancher les conflits qui lui seront soumis par l'application exclusive de la loi personnelle.

Lorsque les parties appartiennent toutes à la même nationalité, il n'y aura pas de difficulté. En ce cas la reconnaissance, soit volontaire, soit forcée, sera bien régie par la

loi personnelle de celui qui l'accomplit ou contre qui elle est faite. En sera-t-il de même si le père ou la mère et l'enfant relèvent de nationalités différentes ? L'hypothèse est loin d'être rare. Ainsi, aux termes de l'article 8, § 2, C. civ. l'enfant né en France de parents inconnus parce qu'il n'a été reconnu ni par son père ni par sa mère est Français ; c'était d'ailleurs la solution admise avant la rédaction nouvelle que la loi du 26 juin 1889 a donnée aux articles du code qui s'occupent de la nationalité. Postérieurement à sa naissance, cet individu est reconnu par un père de nationalité étrangère ; il va, conformément à l'article 8, § 2, al. 2 C. civ. abandonner sa nationalité originaire pour acquérir celle de son père. Mais de quelle loi va dépendre cette reconnaissance ? Est-ce de la loi personnelle du père ou de celle de l'enfant ?

D'après certains auteurs, la loi prépondérante en pareil cas doit être celle du père. On fait remarquer que lorsque la reconnaissance sera accomplie, le père et l'enfant auront une seule et même nationalité ; que dès lors il est logique que cette reconnaissance dépende de cette loi nationale unique. « Le rapport, dit M. Fiore, d'où résulte la paternité ou la maternité est unique à l'égard du père ou de la mère et de l'enfant. En outre, la constatation légale de la filiation naturelle a seulement pour effet de convertir le lien naturel en lien juridique. Etant déclarative et non attributive de droits, la loi personnelle de chacun des père et mère qui font l'acte de reconnaissance est celle dont doit dépendre l'existence et la validité de l'acte lui-même (1). »

1. Fiore, *op. cit.*, p. 259.

À notre avis, cette solution doit être repoussée. Nous l'avons acceptée en matière de filiation légitime, mais parce que la filiation légitime est un effet direct du mariage, et qu'elle doit logiquement dépendre de la loi du mariage, c'est-à-dire de celle du mari. Ici il n'en est plus de même. On ne saurait évidemment prétendre que la filiation naturelle est une conséquence du mariage. De plus, si la reconnaissance postérieure à la naissance peut bien avoir pour effet d'unifier la nationalité du père et de l'enfant, il est néanmoins certain que jusqu'à ce qu'elle soit accomplie l'enfant a une loi personnelle propre, qui constitue à son profit un droit acquis et dont le bénéfice ne saurait lui être enlevé par un acte purement volontaire d'un tiers. Accessoirement on peut ajouter que la reconnaissance intéresse l'enfant plus qu'elle n'intéresse le père, puisque c'est l'état de l'enfant qui se trouve le plus modérément modifié. Aussi, au cas d'un concours entre les lois personnelles du père et de l'enfant, n'y a-t-il aucune raison de donner la préférence à la loi du père (1).

À notre avis, il y aura lieu d'appliquer cumulativement la loi du père et celle de l'enfant. Pour que la reconnaissance volontaire ou forcée soit valable ou possible, elle devra être autorisée à la fois par la loi du père et celle de l'enfant ; il faudra que le père soit capable de reconnaître et l'enfant d'être reconnu, chacun conformément à sa loi nationale respective ; et il faudra ensuite que la reconnaissance n'ait

1. V. cep. Trib. de l'Empire d'Allemagne, 23 février 1892 (Clunet, 93, p. 602).

rien de contraire aux principes d'ordre public du pays où elle intervient. A ces deux conditions seulement elle sera valablement accomplie.

Supposons que les parties aient la même nationalité, et examinons les conflits qui s'élèveront entre la loi personnelle et la loi locale. Pratiquement ils pourront naître dans les circonstances de fait les plus diverses, car il y a peu de matières juridiques où les espèces se présentent sous des aspects plus variés. Pour la clarté de la discussion, nous les ramènerons à deux cas principaux qui en forment la synthèse, et nous rechercherons successivement la solution des difficultés internationales que soulèvent 1° la reconnaissance volontaire d'un enfant né hors du mariage ; 2° la recherche judiciaire d'une paternité illégitime.

§ 1. — Reconnaissance d'un enfant naturel.

Le droit de reconnaître un enfant naturel est-il au nombre de ces facultés de pur droit civil que la juridiction française, dans le silence de la loi, refuse à l'étranger non admis à domicile par décret et avec le gouvernement duquel la France n'a échangé aucun traité ? Sur ce point il n'y a jamais eu de doute. Il ne s'agit pas là d'une création artificielle du droit positif, dont on puisse arbitrairement refuser l'accès à tel ou tel individu ; c'est un droit naturel qui appartient indistinctement à tous, nationaux ou étrangers, au même titre que le droit de se marier et celui d'exercer la

puissance paternelle. C'est même moralement, et dans certaines législations positives, plus qu'une faculté de droit naturel, c'est un devoir à accomplir. Dès lors l'étranger pourra librement reconnaître un enfant en France, si sa loi nationale le lui permet.

Qu'il s'agisse d'un étranger en France ou d'un Français à l'étranger, les conditions de la reconnaissance doivent être considérées à un double point de vue, au point de vue de la capacité nécessaire et des formes requises pour sa validité:

I. — En ce qui concerne la capacité, c'est-à-dire l'aptitude juridique à reconnaître un enfant ou à être reconnu, tout dépendra de la loi nationale des parties, qu'il faudra seule consulter. En France, dans le silence de la loi, la jurisprudence admet que la reconnaissance est valable bien que faite par un mineur, une femme mariée sans autorisation maritale, même un interdit pourvu qu'il agisse dans un moment de lucidité, puisqu'il s'agit moins d'exercer un droit que de remplir un devoir de conscience. Il faut par conséquent décider que la reconnaissance faite à l'étranger par des Français dans cette situation sera valable, quelles que soient à cet égard les dispositions de la loi locale. Inversement l'étranger relèvera, en France, des dispositions de sa loi nationale. Un Hollandais ne pourra reconnaître valablement que s'il est majeur de dix-neuf ans (Code Néerl. art. 337). Un Russe ne le pourra en aucun cas. Le *Svod* ne contient, il est vrai, aucune disposition formelle prohibitive de la reconnaissance; mais on admet unanimement en Russie, en doctrine comme

dans la pratique, que dans l'esprit de la loi elle est interdite. En fait nos tribunaux ont plusieurs fois annulé des reconnaissances faites par des Russes en France (1).

Que décider à l'égard d'une reconnaissance faite par un Anglais? Ici on peut hésiter. On dit généralement qu'au droit anglais la reconnaissance des enfants naturels est défendue; il est plus exact de dire qu'elle y est inconnue. C'est qu'en Angleterre la condition de l'enfant naturel est spéciale. Aucun lieu de parenté proprement dit ne le rattache à ses parents, pas même à sa mère; il est *filius nullius, filius populi*. Né à l'étranger même de parents anglais il est étranger. Aussi la *Common-law* ne s'occupe-t-elle pas de lui. Cependant, comme légalement il n'a pas de famille, et que, si personne ne prend soin de lui c'est à la paroisse qu'incombent les frais de son entretien, la mère peut appeler le père présumé devant le juge de paix et le faire déclarer *putativement* père de l'enfant; il est alors condamné

1. Seine, 15 décembre 1892 (Clunet, 84, p. 160, aff. Potocki). Seine, 22 mars 1898, (Clunet, 98, p. 1067, aff. Zundel). Ce jugement contient une décision intéressante, d'ailleurs très juridique, sur la question de la nationalité de l'enfant, qui avait été reconnu à la fois par le père, Russe, et par la mère, Allemande. Le Tribunal a estimé que la reconnaissance faite par le père étant nulle, ne pouvait avoir pour effet d'attribuer à l'enfant la nationalité de celui ci, et que l'enfant acquerrait la nationalité de la mère, dont la loi nationale permettait la reconnaissance. — V. aussi Seine, 30 mai 1879 (Clunet, 79, p. 391, aff. Branicki). La reconnaissance faite par le père d'origine russe a été déclarée valable, ce dernier ayant été préalablement naturalisé Français.

à contribuer à l'entretien de l'enfant dans une mesure déterminée (1).

De ce qu'il n'y a pas, dans la loi anglaise, de reconnaissance proprement dite, doit-on en conclure que l'anglais ne pourra pas reconnaître valablement un enfant en pays étranger? On l'admet généralement en France, parce que, dit-on, la loi anglaise ne permettant pas la reconnaissance, les Anglais ne peuvent faire à l'étranger ce qu'ils ne pourraient pas faire en Angleterre. C'est en ce sens que se prononce aussi la jurisprudence (2). La question ne laisse pas néanmoins d'être douteuse. Les jurisconsultes anglais proclament que rien ne s'oppose à ce qu'un anglais reconnaisse valablement, par rapport à la loi anglaise, un enfant naturel en pays étranger. Ils font remarquer que le statut personnel anglais se détermine, non par la loi de la nationalité mais par celle du domicile ; et qu'alors même qu'on se référerait à la loi nationale, le droit anglais ne contenait aucune disposition prohibitive de la reconnaissance faite à l'étranger par un Anglais (3).

Nous avons répondu, par avance, au premier de ces arguments. Nous avons admis, en thèse générale, que le statut personnel se détermine par la loi nationale et

1. Stephen, *Comment on the english law*, t. II, p. 296. Lehr, *Eléments de droit anglais*, p. 120, Laurent, *op. cit.*, p. 538.

2. Laurent, *op. et loc. cit.*, Despagnet, *op. cit.*, p. 445. Cf. Clunet, 1878, p. 10-13, V. Cass., 2 août 1897 (Clunet, 98, p. 127).

3. Dicey et Stocquart, *Le statut personnel anglais*, t. I, p. 317, Stocquart dans Clunet, 1888, p. 209, Phillimore, *Private international law*, t. IV, § 381.

non par la loi du domicile. Il importe peu que le droit anglais s'en tienne à la prépondérance de la loi du domicile, ce qui d'ailleurs n'est pas un principe absolu ; nous soutenons qu'en France, l'état et la capacité de l'Anglais domicilié seront régis par la loi anglaise. Au contraire le second motif nous paraît sérieux, non pas tant en lui-même que parce qu'il se rattache à une évolution qui s'opère actuellement dans le droit anglais en matière de filiation naturelle, sous l'influence de la doctrine internationale et par l'effet de la jurisprudence. Le droit anglais est encore en grande partie coutumier et ce sont les décisions des cours qui, en l'assouplissant au gré des nécessités pratiques, le constituent et le dirigent. Nous étudierons cette évolution plus complètement à propos de la légitimation ; remarquons seulement ici qu'en Angleterre on tend à s'écarter des anciens principes absolus et à modifier le droit dans un sens plus favorable à l'enfant. Dès lors, si les jurisconsultes anglais admettent la validité d'une reconnaissance faite en pays étranger par un anglais, pourquoi se montrer plus rigoureux qu'eux-mêmes ? Ne semble-t-il pas qu'on doive accepter l'interprétation plus équitable, plus favorable à l'enfant, qu'ils donnent du droit anglais ? Quoiqu'il en soit, la jurisprudence française se prononce en sens contraire ; nous ne pouvons que le constater.

Enfin, remarquons que certaines législations interdisent la reconnaissance d'enfants nés de personnes ayant fait vœu de chasteté. Il en était ainsi dans la législation pontificale ; leurs dispositions devront, sur ce point, être observées en France par leurs ressortissants.

II. — De ce que la reconnaissance est, pour la filiation naturelle, ce qu'est l'acte de naissance pour la filiation légitime, il s'ensuit qu'en ce qui concerne la forme elle sera également soumise à la règle *Locus regit actum*. Il faut en conclure :

1° Que faite par un Français en pays étranger, la reconnaissance sera valable si elle est faite dans les formes établies par la loi locale ;

2° Que faite par un étranger en France, dans les formes prescrites par la loi française, elle sera régulière et valable. Ainsi un espagnol reconnaîtra valablement un enfant par acte authentique reçu par un officier public français, bien que la loi espagnole se contente d'un acte sous-seing privé (Code civil esp. de 1889, art. 133).

La jurisprudence a eu maintes fois à appliquer ces règles, dans les circonstances de fait les plus diverses.

a. — La loi ottomane (rite *hanifite*) se contente, pour la reconnaissance d'un enfant naturel, d'une déclaration du père ; aucune forme spéciale n'est requise, mais cette déclaration est nécessaire ; on apportait au tribunal de Marseille un acte équivalant, en Turquie, à ce qu'est l'acte de baptême dans les pays de chrétienté, mais sans que rien n'indiquât que le père y eût participé, et l'on prétendait que les énonciations qui s'y trouvaient contenues, quoique non signées du père, constituaient une reconnaissance suffisante. Le Tribunal a estimé que cet acte de baptême ne pouvait tenir lieu ni d'un acte de naissance, ni d'un acte de reconnais-

sance, et par suite ne pouvait produire aucun effet (1).

b. — Un acte de baptême avait été reçu dans les Echelles du Levant par le curé de l'église catholique du Saint-Esprit de Péra ; il y était mentionné que l'enfant était fils naturel d'Antoine F..., Français, et de Rosa S..., Ottomane ; deux témoins avaient attesté le fait avec leur signature. Ici non plus il ne semblait pas que le père eût pris part à la rédaction de l'acte ou qu'il eût été seulement présent. Le Tribunal consulaire de France à Constantinople a refusé de tenir pour valable la reconnaissance contenue audit acte, qui au point de vue de la forme ne satisfaisait ni à la loi ottomane ni à la loi française ; il l'a toutefois admis comme valant commencement de preuve par écrit (2).

c. — Très souvent des reconnaissances ainsi faites dans des actes de baptême sont invoquées en France. Nos tribunaux doivent, pour en apprécier la validité, se référer toujours à la loi locale. Doivent être annulées les reconnaissances faites par des Français au Chili dans l'acte de baptême de l'enfant, parce que la loi chilienne ne donne pas qualité aux prêtres qui administrent ce sacrement pour recevoir les reconnaissances, pas plus d'ailleurs que pour dresser les actes de l'état civil (3). Au contraire, au Brésil, où

1. Trib. civ. Marseille, 26 janvier 1889 (Clunet, 1889, p. 675).

2. Trib. cons. de France à Constantinople, 15 déc. 1890 (Clunet, 91, p. 598).

3. Jurisprudence constante : Chambéry, 23 février 1885 (Clunet, 85, p. 665). Bordeaux. 26 février 1886 (Clunet, 87, p. 316). Seine, 19 juillet 1892 (Clunet, 92, p. 1158). Cf. sur la reconnaissance des enfants naturels dans la République argentine. Clunet, 86, p. 729.

les ministres du culte ont compétence pour dresser les actes de baptême, les seuls qui établissent les naissances, une reconnaissance contenue dans un acte de baptême dressé par un prêtre catholique sera tenue pour régulière (1).

d. — Un Français domicilié à Singapoore avait reconnu un enfant naturel dans une simple lettre adressée à un ami. Le Tribunal civil de la Seine avait estimé cette reconnaissance valable, par le motif « qu'on ne saurait chercher dans les lois anglaises les conditions de validité de la reconnaissance, ce genre d'acte n'y étant point réglementé » ; mais que l'acte litigieux contenant certaines dispositions de dernière volonté, on pouvait le considérer comme un testament olographe. En appel et en Cassation il a été jugé au contraire que la lettre testamentaire en question n'offrait pas les conditions d'authenticité requises par la loi anglaise pour la validité des testaments (2).

Au reste les difficultés de cette nature sont fréquentes, et l'on ne saurait prévoir toutes les hypothèses de fait où elles prennent naissance (3).

Si le principe est certain, il soulève néanmoins plusieurs questions qu'il convient d'examiner.

1° La règle *locus regit actum* s'impose-t-elle d'une façon impérative à la reconnaissance faite en pays étranger ? Ne

1. Seine, 14 mars 1879. Clunet, 79, p. 280.

2. Seine, 19 juillet 1896 et Paris, 26 février 1897 (Clunet, 97, p. 337). Cass. 2 août 1897 (Clunet, 98, p. 127, Valtriny).

3. V. Besançon, 6 juillet 1892. (Clunet, 1893, p. 157), trib. d'Alger, 23 mars 1893 (Clunet, 1893, p. 855).

permettra-t-on pas aux intéressés de l'accomplir dans la forme prescrite par leur loi nationale ? On admet généralement que la maxime *locus regit actum* exprime une règle facultative en ce sens que si les parties en pays étranger préfèrent observer, pour l'acte qu'elles se proposent d'accomplir, les formalités de leur loi personnelle, elles le peuvent, et l'acte est tenu pour valable. Il n'y a pas de doute qu'une reconnaissance d'enfant naturel faite conformément à la loi française et reçue par un consul français en pays étranger soit régulière (1). Cependant une distinction est nécessaire. Si le père naturel et l'enfant ont tous deux la même nationalité, il leur est loisible de choisir, entre la loi locale et leur loi personnelle, celle qui leur conviendra le mieux. Mais s'ils relèvent de patries différentes, nous croyons que la règle *locus regit actum* cesse d'être facultative et que la loi locale s'impose impérativement, puisque, si la loi choisie, quant à la faveur, était soit celle du père, soit celle du fils, la reconnaissance serait faite, à l'égard de l'un ou de l'autre, dans une forme qui n'est ni celle de la loi nationale, ni celle de la loi locale. Nous pensons que nos tribunaux devraient déclarer nulle à l'égard de toutes les parties une connaissance faite dans ces conditions (2).

2° L'art. 334 C. civ. exige que la reconnaissance d'un enfant naturel soit faite par acte authentique lorsqu'elle ne l'aura pas été dans l'acte de naissance. La reconnaissance devient

1. Paris, 26 février 1896, (Clunet, 1897, p. 337).

2. En ce sens Weiss, *op. cit.*, p. 555.

ainsi un acte solennel qui, fait en France par des Français serait nul si la forme authentique prescrite par la loi n'était pas observée. A la vérité la loi n'a pas indiqué avec précision ni les fonctionnaires appelés à recevoir les reconnaissances ni les actes d'où elles résultent ; aussi admet-on que tout acte contenant reconnaissance est valable s'il a été reçu par un officier public ayant qualité pour recevoir des actes authentiques, tel qu'un officier de l'état civil, un notaire, un juge de paix ; la seule condition est l'authenticité (1). Comme certaines législations, la loi espagnole notamment, permettent de faire la reconnaissance par acte privé, l'application vigoureuse de la règle *locus regit actum* conduira à déclarer valable une reconnaissance faite en Espagne par des Français dans la forme privée. On peut se demander si ce résultat est possible, s'il ne méconnaît pas la volonté formelle du législateur.

Certains auteurs le pensent. Un parti important dans la doctrine professe qu'à l'égard des actes dits solennels, pour l'existence desquels la loi prescrit, à peine de nullité ; des formes solennelles, la règle *locus regit actum* perd son application lorsque la loi locale permet de les passer dans la forme privée. L'intention du législateur, dit-on, est manifeste. La reconnaissance d'un enfant naturel étant un acte très

1. Il a été jugé en ce sens que l'acte d'option fait par un Alsacien Lorrain pour conserver la qualité de Français reçu par un officier de l'état civil (en l'espèce un juge de paix) à tous les caractères d'un acte authentique et peut valablement contenir une reconnaissance. Seine, 20 juin 1890 (Clunet, 90, p. 931).

important dans ses conséquences, il a voulu qu'elle présente toutes garanties possibles de sincérité ; il a voulu assurer la liberté et l'indépendance des parties, et il a considéré que la présence d'un officier public est une mesure de protection contre des suggestions, des abus d'influence, des contraintes morales éventuelles ; par suite les prescriptions qu'il a édictées sont d'ordre public. On en conclut que, faite à l'étranger par des Français, la reconnaissance devra nécessairement être faite dans les formes de la loi française, ou tout au moins dans les formes prescrites par la loi locale pour les actes authentiques ; mais qu'elle ne pourra en tout cas être accomplie dans la forme privée (1).

Quoique ces raisons soient sérieuses, ce système doit être rejeté ; il se heurte, en effet, à une objection décisive. Si la loi locale n'admet, pour la passation de ces actes dits solennels que la forme privée, ou s'il n'existe pas dans un pays de fonctionnaires pouvant leur donner l'authenticité nécessaire, il faudrait en conclure que le Français ne pourrait jamais les faire ? Cela ne peut être soutenu ; c'est la négation de la règle *Locus regit actum*. Si importantes que soient certaines formalités légales, et alors même que leur inobservation entraînerait, en droit interne, la nullité de l'acte, en droit international ce ne sont que des formalités ; et le respect des formes doit céder devant les nécessités de fait.

1. Laurent, *op. cit.*, t. IV, p. 392. Duguit, *Des conflits de législations relatifs à la forme des actes civils*, p. 95. Durand, *op. cit.*, p. 344.

Cette solution, qui rationnellement s'impose, est celle de la jurisprudence (1).

3° Nous avons supposé jusqu'à présent que la preuve de la filiation d'un enfant naturel résultait toujours d'un acte de reconnaissance proprement dit, quelle que soit la forme dans laquelle cet acte est accompli ; la loi française n'admettant pas d'autre preuve de cette filiation.

Cette règle est rigoureuse. Certaines législations n'exigent pas que la reconnaissance soit constatée par une déclaration formelle, et admettent qu'elle peut résulter notamment de l'acte de naissance, lorsque les noms des parents y sont indiqués, ou même de la possession d'état. Comment seront réglés les conflits qui s'élèveront en pareil cas ? Ici la difficulté vient de ce que les questions de forme se mêlent étroitement au fond du droit. Si l'on admet que l'acte de naissance ou la possession d'état ne constituent que des formes extrinsèques de la reconnaissance, on devra, pour apprécier la validité de celle-ci, s'en référer à la règle *locus regit actum*. Si au contraire on voit, dans ces modes de preuves, des conditions de fond, il sera nécessaire d'appliquer la loi nationale des intéressés.

La distinction des éléments de forme et de fond est une difficulté que nous retrouverons à propos de l'art. 331 C. civ. où elle se présente très fréquemment, et où nous l'étudierons plus complètement. Mais dès à présent nous posons en

1. Pau, 17 janvier 1872 (S. 72, II, 233), Pau, 13 mai 1888 (Clunet, 93, p. 858). Seine, 19 juillet 1892 (Clunet, 92, p. 1158). Besançon, 6 juillet 1892 (Clunet, 93, p. 157).

principe que lorsqu'une loi admet, pour l'établissement de la filiation, certains actes, certaines preuves, il s'agit là, non plus de formalités, mais du fond du droit, et la règle *locus regit actum* perd son application. Nous avons déjà dit qu'en cette matière, tout moyen de preuve accordé par la loi fait corps avec le droit lui-même dont il n'est qu'une manifestation, indépendamment de la forme dans laquelle il est produit, puisque, sans la preuve, le droit n'a qu'une existence idéale et abstraite. Cela est vrai de la filiation légitime ; cela est plus vrai encore de la filiation naturelle, où les preuves sont réglementées d'une manière plus prohibitive. On ne devra par suite considérer que la loi nationale des individus.

Toutefois il faut préciser les hypothèses possibles. En ce qui concerne la preuve du rapport de filiation naturelle par l'acte de naissance, nous devons décider qu'un Français ne pourra jamais en France, invoquer à titre de preuve un acte de naissance, alors même qu'il serait né dans un pays où ce mode de preuve serait admis (1). S'agit-il d'un étranger dont la loi nationale admet la preuve de la reconnaissance par

1. La jurisprudence est en ce sens. Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 26 février 1886 (Clunet, 87, p. 316) a très justement appliqué le principe. Dans une autre espèce, un Français invoquait devant la Cour de Besançon son acte de naissance, dressé conformément à la loi du canton de Berne, aux termes de laquelle l'indication du nom de la mère dans l'acte emporte *de plano* reconnaissance par la mère de l'enfant déclaré. En droit, cet acte eût été insuffisant pour constituer la reconnaissance ; mais la Cour s'en est contentée pour des raisons de fait. Besançon, 6 juillet 1892, (Clunet, 93, p. 157).

l'acte de naissance, nos tribunaux devront tenir la filiation pour l'établir, à la condition toutefois que cet acte se suffise à lui-même et constitue une preuve certaine.

En ce qui concerne la possession d'état, la question est plus délicate. Un premier point est certain. Invoquée comme preuve de la filiation naturelle, la possession d'état soulève une véritable question d'état et non une question de forme ; la loi personnelle est donc seule applicable à l'exclusion de la règle *Locus regit actum*. D'où nous concluons que le Français ne pourra établir sa filiation naturelle par la possession d'état, eût-il acquis la qualité dont il se prévaut dans un pays dont la loi admet cette preuve (1).

Inversement, faut-il décider que la preuve de la filiation naturelle d'un étranger par la possession d'état doit être admise en France, lorsque sa loi personnelle l'admet ? Certains le pensent (2). Ce n'est pas notre opinion. Nous reconnaissons sans doute qu'il s'agit ici d'éléments de fond et que la règle *Locus regit actum* n'a pas d'application ici ; mais une autre considération intervient ici : c'est que l'action ainsi portée devant nos tribunaux tendrait indirectement à une recherche de paternité, prohibée par l'article

1. Cf. Fiore. *Op. cit.*, p. 285. Asser et Rivier, *Eléments de droit int. privé*, p. 124. Rougelot de Liancourt, *Du conflit des lois personnelles*, p. 230 ; M. Lainé, à son cours ; Duguit, *Conflits de législations*, p. 96. Brocher, *Op. cit.*, p. 308, et les arrêts suivants : Seine, 21 avril 1875 et Paris, 2 août 1876 (S. 79, p. 250). Besançon, 25 juillet 1876 (Clunet, 77, 228). Nous reviendrons sur ces arrêts, importants à un autre point de vue.

2. Fiore. *Op. cit.*, t. II, p. 285.

340 C. civ. ainsi que nous le verrons. On a préteedu, il est vrai, que celui qui se prévaut d'une possession d'état n'a pas à la rechercher, qu'il n'a qu'à la faire constater (1). Cette opinion n'a pas prévalu. Il est acquis que toute action tendant à faire constater judiciairement l'état d'un individu constitue une recherche de cet état, et qu'à cet égard, aucune possession d'état ne saurait tenir lieu de la reconnaissance. Il faut, par conséquent, donner ici la même solution qu'au cas de recherche de paternité. La jurisprudence est en ce sens (2).

4° Enfin dans certains cas une reconnaissance quoique permise par la loi nationale des parties et valable à son égard peut être non avenue en France, également pour des raisons d'ordre public. L'article 335 C. civ. prohibe la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux ; la loi prussienne, moins rigoureuse, la permet. C'est que, dans le système des lois germaniques la filiation naturelle n'a pas pour effet d'établir, entre l'enfant et ses auteurs, des rapports de familles ; le droit de l'enfant est limité par ces lois aux aliments que lui doivent ses parents. Or ce droit est égal pour tous les enfants nés hors du mariage, car il s'agit là d'un devoir imposé par la nature, que le législateur prussien s'est borné à transformer en obligation juridique ; il a favorisé l'accomplissement de ce devoir en permettant la reconnaissance de tous les enfants illégitimes. On ne saurait

1. Demolombe, t. V, p. 480. Valette sur Proudhon, t. II, p. 150-153).

2. Paris, 2 août 1866 (D. 67, II, p. 41). Pau, 13 mai 1888 (Clunet, 93, p. 858).

bien évidemment l'accuser d'avoir violé la morale (1). Dès lors, ne pourrait-on pas penser que les lois qui concernent l'organisation de la famille ne sont impératives qu'à l'égard des personnes soumises à l'autorité de cette loi, et qu'il ne s'agit là que de prescriptions d'ordre public relatif non absolu ou international ? C'est le sentiment de M. Fiore et de M. Brocher (2).

Cette manière de voir n'a jamais été reçue en France. On s'accorde à reconnaître que l'art. 335 est inspiré par les plus hautes raisons de moralité et de décence publique ; les travaux préparatoires du code ne laissent aucun doute sur ce point. « La reconnaissance des enfants adultérins ou « incestueux, dit Bigot-Préameneu, « serait de la part du « père et de la mère l'aveu d'un crime ». « La naissance « de l'enfant, dit Lahary, orateur du Tribunal, quand il est « le fruit de l'inceste ou de l'adultère, est une vraie calamité « pour les mœurs. Loin de conserver aucune trace de l'existence de cet enfant monstrueux, il serait à désirer qu'on « en peut éteindre jusqu'au souvenir » (3). C'est donc la constatation de leur filiation que le législateur a entendu avant tout proscrire, à raison du scandale qu'un pareil aveu soulèverait ; et ce scandale n'est pas moins grand, que son auteur soit étranger ou qu'il soit français. De là il faut conclure que la reconnaissance faite en France par un Prussien marié d'un enfant qu'il aurait eu d'une femme non mariée

1. Fiore, *op. cit.*, p. 263.

2. Fiore, *op. et loc. cit.* Brocher, *op. cit.*, p. 325.

3. Locré, t. III n^{os} 34 et 35 (éd. belge).

devra être tenue pour nulle. Cette solution s'impose si toutes les parties sont de nationalité prussienne, quelles que soient sur ce point les dispositions de leur loi nationale. Elle s'impose à plus forte raison si l'enfant était Français, car en ce cas la reconnaissance contreviendrait non seulement à l'ordre public absolu, mais encore au statut personnel de cet enfant.

Pratiquement, il est manifeste que si un Prussien voulait reconnaître un enfant adultérin dans un acte de naissance reçu en France et prétendait contraindre l'officier public à mentionner dans l'acte qu'il est marié et père de l'enfant, l'officier devrait refuser de recevoir cette déclaration. Mais si la reconnaissance était faite sans l'indication, de la part du père, de sa qualité d'homme marié, quelle en serait la valeur ? M. Fiore estime qu'il faudrait s'en référer à la loi nationale des parties (1). Ce n'est pas notre avis. Peu importe qu'en Prusse cette reconnaissance soit tenue pour valable : invoquée en France, elle devrait être non avenue, puisque c'est la constatation d'une filiation adultérine que notre loi veut avant tout éviter. En fait, d'ailleurs, une demande de cette nature prendrait fréquemment l'aspect d'une recherche de paternité et de ce chef elle serait irrecevable.

L'hypothèse inverse peut se présenter. Un Français né de relations adultères ou incestueuses reconnu en Prusse par un père soit Français soit Prussien pourrait-il invoquer cette reconnaissance en France pour prouver même sa ma-

1. Fiore, *op. cit.*, p. 265.

ternité ? non ; l'art. 335 s'y oppose d'une façon directe et absolue. Vainement s'appuierait-il sur la règle *Locus regit actum*. Il est manifeste que l'art. 335 constitue une incapacité édictée contre le Français par son statut personnel et qu'il ne peut éluder au moyen d'un acte reçu à l'étranger.

L'art. 336, C. civ. aux termes duquel la reconnaissance faite par le père sans l'indication et l'aveu de la mère n'a d'effet qu'à l'égard du père rentre également dans le statut personnel. D'après la loi du canton de Berne, la simple indication du nom de la mère, même sans son aveu, vaut reconnaissance à son égard. D'après la loi bavaroise, lorsque le père reconnaît l'enfant et indique la mère, cette indication n'a aucun effet envers celle-ci alors même qu'elle avouerait la maternité. Nos tribunaux devront par conséquent appliquer à un Bernois ou à un Bavarois les dispositions de leurs lois respectives (2).

§ 2. — Recherche de la Paternité.

Lorsqu'il est intervenu au profit d'un enfant naturel une reconnaissance volontaire, soit du père, soit de la mère, soit des deux, sa filiation se trouve légalement établie. Si aucune reconnaissance volontaire n'a eu lieu, l'enfant peut-il faire

1. Cf. Fiore, *op. cit.*, p. 267. Rougelot de Liancourt, *op. cit.*, p. 234. Laurent, *op. cit.*, p. 529.

2. Trib. sup. de Munich, 19 avril 1886 (Clunet, 89, p. 867.) V. Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 127.

déclarer sa filiation au moyen d'une action judiciaire? C'est la recherche de la paternité ou de la maternité. Disons tout de suite que cette dernière ne présente aucun danger, aucun inconvénient social. « Il n'y a de bastard de par sa mère » disaient d'anciennes coutumes; aussi est-elle partout permise. Reste la recherche de la paternité naturelle.

La question de l'admission ou de la prohibition de cette action est un des plus délicats problèmes sur lesquels les législations et les morales aient à se prononcer. Le fait de paternité crée des devoirs auxquels l'individu ne doit pas pouvoir se soustraire; la justice la plus élémentaire exige que l'enfant ne soit pas victime de la faute de ses parents: sur ce point on est d'accord. Mais le législateur n'a pas seulement à assurer le droit de l'enfant; il doit encore veiller à la protection et au respect du mariage, de la famille et de la morale publique. Or la difficulté consiste à concilier ce double intérêt, à trouver les moyens les plus propres à la réalisation de ce double but. Doit-on, si le père se refuse à remplir volontairement le devoir que la nature lui impose, donner à l'enfant le droit d'en poursuivre judiciairement l'accomplissement? En transformant en obligation légale ce devoir de conscience, diminuera-t-on le nombre des unions illégitimes par la crainte de leurs conséquences? Vaut-il mieux, au contraire, faire prévaloir contre la reconnaissance forcée l'utilité sociale, assurer la sécurité des familles en ne mettant pas la faute en évidence, en empêchant les réclamations calomnieuses et les scandales et en laissant à la conscience de chacun le soin d'acquitter la dette moralement contractée? Il ne nous appartient pas de nous

prononcer sur l'opportunité du maintien ou de l'abrogation de l'article 340 du Code civil. Bornons-nous à constater qu'un parti législatif assez nombreux attaque avec vigueur la prohibition du Code, moins, peut-être, pour des raisons de droit que pour des considérations de sentiment, et avec l'appui de certains esprits éminents de la littérature et du théâtre. Il n'est pas impossible que, sous la pression de l'opinion et des nécessités sociales, cette réforme s'accomplisse un jour ; actuellement, il ne semble pas qu'elle corresponde à un besoin assez impérieux pour s'imposer au législateur (1).

En fait, les législations positives ont diversement résolu ce problème si grave et si complexe. Celles qui ont adopté la solution du Code civil français forment l'exception ; la plupart se sont inspirées d'idées diamétralement opposées aux nôtres. Avec les législations du duché de Bade, de la Bolivie, d'Haïti et de la Serbie, des cantons de Neuchâtel et du Tessin (1), il n'y a guère en Europe que les Codes hollandais et italien qui prohibent la recherche de la paternité naturelle ; encore est-elle en général permise dans le cas de viol et de rapt. Il y a lieu de remarquer aussi que le Code italien, comme le Code civil français, a rompu sur ce point avec l'ancienne législation, qui presque partout admettait cette recherche, notamment en Piémont et Sardaigne, dans les États Pontificaux, dans les Deux-Siciles, à Parme, Lucques, Modène et Guastalla.

¶ 1. En 1883, une proposition de loi portant abrogation de l'art. 340 C. civ. fut soumise au Sénat et repoussée par 183 voix contre 60.

2. De Saint-Joseph, *Concordance des Codes*, I, p. XXV.

En Espagne, la recherche de la paternité est admise dans les cas suivants : 1° quand il existe un écrit émané du père où il reconnaît expressément sa paternité ; 2° quand l'enfant se trouve en possession continue d'état d'enfant naturel qu'il la justifie par des actes émanés du père ; 3° dans les cas de viol, d'attentat ou de rapt (art. 135, Code esp.).

La loi russe est extrêmement brève en ce qui concerne les enfants nés hors du mariage. Elle ne parle ni de leur reconnaissance volontaire, ni de la recherche de la paternité. Il semble en résulter qu'à ses yeux l'enfant naturel n'a ni père ni mère ; elle indique qu'il n'a aucun droit à leur succession ni au nom de famille du père et qu'il prend le nom que ceux qui l'élèvent jugent à propos de lui donner (art. 136 et 140, *Svod*).

En réalité, dit M. Lehr, il faut distinguer entre les nobles et les non-nobles. Dans les rangs de la noblesse l'enfant naturel reste effectivement étranger à ses parents. La reconnaissance volontaire ou forcée est interdite. Dans les autres classes de la société l'enfant naturel peut être non pas reconnu, mais adopté, ce qui le place dans une situation plus favorable. Sinon il suit la condition de sa mère (1). Notons qu'à un autre point de vue, celui de la légitimation par mariage subséquent, une loi russe du 12 mars 1891 a amélioré considérablement la condition de ces enfants. Nous reviendrons sur cette loi.

Le code des provinces Baltiques est plus explicite que le

1. Lehr, *Eléments de droit civil russe*, I p. 79.

Svod et s'inspire davantage des principes généralement adoptés par les législations germaniques. La reconnaissance volontaire y est permise ; la reconnaissance forcée l'est aussi lorsqu'il est constaté que pendant le délai compris entre le 10^e mois et le 182^e jour avant la naissance de l'enfant le prétendu père et la mère ont cohabité. Cependant la présomption de paternité attachée à ce fait peut être combattue par la preuve ou par l'aveu de la mère qu'elle a cohabité pendant ce délai avec d'autres hommes (art. 165) ; c'est l'exception *plurium*. Même reconnus par le père, les enfants naturels n'ont aucun droit à sa succession ; ils ne peuvent réclamer que des aliments jusqu'à ce qu'ils puissent se suffire à eux-mêmes (art. 166). Le code Baltique contient en outre certaines dispositions destinées à prévenir les naissances illégitimes. Le séducteur est tenu à son choix ou d'épouser sa victime ou de la doter (*ausstatten*) dans une mesure déterminée par le rang social et la fortune de la femme, et en cas de contestation, par le juge. L'action se prescrit par un an à dater de la cohabitation (1).

Le droit germanique est en général pénétré d'idées très différentes des nôtres au point de vue de la filiation naturelle, et se rattache au système dit de la paternité. La reconnaissance volontaire et la reconnaissance forcée y sont largement admises ; par contre, l'enfant est placé dans une situation très subordonnée ; il ne fait pas partie de la famille de son père et n'a pas de droits dans sa succession. Ce sys-

1, Lehr. *Éléments de droit civil russe*, t p. 81.

tème est celui de presque tous les Etats allemands et de la plupart des cantons Suisses. Si nous prenons comme type un code récent, celui du canton de Zurich de 1887, voici les principales dispositions que nous y relevons, lesquelles se retrouvent d'ailleurs avec des variations peu sensibles dans la plupart des codes germaniques.

La femme devenue enceinte a le droit de poursuivre en déclaration de paternité l'auteur de sa grossesse (*Vaterschaftsklage*) ; mais elle ne le peut que pendant cette grossesse. La demande doit être rejetée dans des cas déterminés ; ainsi : lorsqu'à l'époque assignée à la conception le prévenu avait moins de seize ans ; lorsqu'à la même époque il était marié et que la demanderesse connaissait cette circonstance ; lorsque celle-ci était elle-même mariée à cette époque ; lorsque dans les dernières années elle avait une conduite notoire ou avait subi des condamnations pour adultère ou pour séduction (art. 701). Si la paternité est reconnue fondée, le prévenu est condamné à remplir à l'égard de l'enfant les devoirs que la loi impose au père naturel ; sinon, cette obligation incombe à la mère (art. 703). Si elle est fondée, le père est tenu des frais de couches et de baptême (art. 704) ; il est tenu aussi, jusqu'à ce que l'enfant ait douze ans révolus, de payer pour son entretien une somme que le Tribunal fixe souverainement d'après les circonstances (*Kostgeld*) ; cette somme ne peut être inférieure à la moitié de ce que coûte l'entretien de l'enfant. Passé l'âge de douze ans, le père est en général tenu de prendre à sa charge exclusive tous frais d'entretien, d'éducation et d'instruction profession-

nelle (art. 706). Ajoutons que dans certains cantons suisses le Tribunal *adjudge* l'enfant à l'un ou à l'autre des parents. Cette adjudication vaut reconnaissance à son égard et lui impose l'obligation de subvenir à l'entretien de l'enfant (1).

Voilà le système général des pays germaniques (2). Le code civil allemand de 1896 en a encore plus nettement marqué les traits. Une distinction bien tranchée est faite entre le père et la mère. L'enfant naturel reconnu est entièrement assimilé à un enfant légitime vis à vis de sa mère et même de tous les parents de celle-ci, même en ce qui concerne les droits de succession (art. 1705 et suiv.). Par rapport au père, aucune parenté. L'enfant même reconnu n'est le parent ni du père, ni des parents du père. Le seul effet de la reconnaissance est l'obligation au paiement d'une pension alimentaire jusqu'à ce que l'enfant ait atteint seize ans, et dont le montant correspond non à la situation sociale du père, mais à celle de la mère. L'enfant n'a aucun droit dans la succession de son père.

La recherche de la paternité est très largement ouverte. Art. 1717 : On doit considérer comme père d'un enfant naturel, celui qui a cohabité avec la mère pendant la période légale de la conception, à moins qu'il ne soit prouvé que d'autres ont cohabité avec elle. Celui qui après la naissance

1. Lehr. *Éléments de droit germanique*, p. 390. Code du canton de Zurich de 1887, trad. Lehr.

2. Code prussien, II, 1. 1027 et s. Code Saxon, art. 1858. *Schwabenspiegel*, n° 334. *Laudrecht bavarois*, I, IV, 9. Code autrichien, art. 163. Code *Soleurois*, art. 281. Code des Grisons, art. 70, etc.

de l'enfant reconnaît sa paternité dans un acte authentique ne peut invoquer l'exception *plurium* (1).

Le droit scandinave contient des dispositions analogues aux usages germaniques. C'est, en principe, la mère qui seule est chargée de l'entretien de l'enfant ; mais lorsque le père, déniaut sa paternité, refuse d'y contribuer, la mère est autorisée à prouver la paternité par témoins et par le serment. En Norvège, il n'est même pas besoin d'aller en justice ; le serment peut être imposé au père par l'autorité administrative. Si le père avoue sa paternité ou refuse le serment, la somme contributive à sa charge est fixée administrativement. En Norvège, l'obligation cesse quand l'enfant atteint quinze ans ; en Danemark, à quatorze ans ; en Suède, lorsqu'il peut suffire à ses besoins. Si plusieurs individus ont eu des rapports avec la mère, chacun contribue à l'entretien proportionnellement (2).

Enfin le droit anglais a adopté, sur la filiation naturelle, des règles spéciales. En Angleterre, l'enfant naturel est toujours *filius nullius*, même à l'égard de sa mère ; il ne peut jamais conquérir la situation intermédiaire que lui assurent les législations du continent lorsque sa filiation paternelle ou maternelle est établie. La mère est obligée à son entretien jusqu'à ce qu'il ait treize ou seize ans ; si c'est une fille, elle reste chez sa mère jusqu'à son mariage. L'enfant naturel doit être traité, chez sa mère, comme un membre de la famille, encore qu'elle se marie et ait des enfants

1. De la Grasserie. *Trad. du code civil allemand de 1896.*

2. Cf. *Clunet*, 83, p. 646.

légitimes (1). En échange de ces devoirs, la mère, et, s'il y a lieu, le mari, ont droit de gardiennage sur l'enfant (*Custody*). Si la mère, célibataire ou veuve, n'a pas les ressources nécessaires pour l'entretien de l'enfant, elle peut, comme nous l'avons dit, s'adresser au juge de paix pour faire déclarer père putatif de l'enfant l'homme auquel elle attribue sa grossesse (*to affiliate the child on the father*). Elle n'est d'ailleurs pas crue sur parole, ni sur serment ; des témoignages sont exigés. Si le juge estime la paternité établie, le père est condamné au paiement d'une somme hebdomadaire de 5 shillings quelles que soient sa position sociale et sa fortune (2). Si la mère, quoique besogneuse n'use pas du bénéfice de la loi, par fierté ou par ignorance, l'enfant reste à la charge de la paroisse en vertu du *poor-law* (3).

Au point de vue des conflits de lois internationaux, la théorie de la loi française soulève de fréquentes difficultés, car l'article 340 Code civil apparaît avec un double caractère. D'une part, comme toutes les règles relatives à la filiation, c'est une disposition de statut personnel. D'autre part, l'interdiction de la recherche de la paternité touche manifestement à l'ordre public. Personne ne lui conteste ce double caractère ; mais on cesse d'être d'accord lorsqu'il s'agit de tirer du principe les conséquences logiques qu'il comporte.

1. Statuts 4-5 de Guillaume IV, ch. 76.

2. Statuts 7-8 de Victoria, ch. 101, § 3.

3. Lehr, *Eléments de droit anglais*, p. 120.

Pour déterminer avec précision les solutions à donner, il est nécessaire d'analyser successivement les diverses hypothèses où le conflit naîtra.

1. — Supposons qu'un individu dont la loi personnelle ne permet pas la recherche de la paternité, un Français, par exemple, intente l'action contre un étranger dans un pays où elle serait permise. Le juge étranger devra-t-il l'accueillir ?

Une distinction est, croyons-nous, nécessaire.

a) Si l'action est poursuivie par un Français contre un Français ou contre un étranger dont la loi personnelle la repousse, le juge devra rejeter la demande qui serait contraire au statut personnel de toutes les parties. C'est ce qui arrivera assez souvent en fait ; la solution des conflits de lois repose partout sur des règles à peu près uniformes que la jurisprudence internationale semble vouloir adopter (1).

b) Si la loi personnelle de l'une permet l'action, et que la loi de son adversaire la prohibe, quel sera le devoir du juge étranger saisi ? Voici les solutions que nous proposons.

Est-ce un Français qui poursuit contre un étranger une recherche de paternité : le juge devra le débouter, puisque le statut personnel du demandeur lui interdit cette recherche, et qu'un Français ne peut faire à l'étranger ce qu'il pourrait faire en France.

Le tribunal de Tunis a eu à se prononcer récemment sur la question et a consacré cette solution. Une demoiselle

1. V. Trib. de l'Empire d'Allemagne, 23 février 1892 (Clunet, 93, p. 602). Juge de droit de Belem (Portugal), 27 juillet 1894 (Clunet, 1896, p. 204). Cour d'appel d'Athènes, 1896, n° 445 (Clunet, 97, p. 621).

Philomène Strinzel, Française, poursuivait en déclaration de paternité naturelle un sieur Saliba, Anglo-Maltaï, dont la loi personnelle, en l'espèce l'ordonnance maltaïse du 22 janvier 1874 permettait cette recherche. Portée devant un tribunal de la métropole, la demande eut été irrecevable, ainsi que nous le dirons ci-après ; elle ne l'était pas en Tunisie où les étrangers continuent à être régis par leurs lois personnelles. Mais la demanderesse était Française, de même que son enfant, qu'elle avait reconnu ; le tribunal rejeta sa demande qui se trouvait condamnée par son statut personnel (1).

Inversement, c'est un étranger dont la loi permet la recherche qui poursuit un Français, toujours dans un pays dont la loi admet cette recherche. Donnerons-nous la même solution ? Théoriquement, oui : la loi française défend la recherche de la paternité ; or, cette prohibition, étant de statut personnel, s'applique aux français même résidant à l'étranger (art. 3, § 3, C. Civ.). Donc l'action doit être rejetée. En fait, il n'en sera généralement pas ainsi. Il est évident que si le juge, en considération de la loi française, déclarait la demande non recevable, il commettrait un déni de justice envers le demandeur qui, dans sa patrie, ne peut être privé du bénéfice de sa loi nationale. En fait, il ne le fera pas. Eclaircissons le raisonnement par un exemple.

Le code autrichien contient un article 1328 ainsi conçu : « Quiconque séduit une femme et procrée avec elle un enfant doit supporter les frais de l'accouchement et remplir toutes

1. Tunis, 27 décembre 1897 (Clunet, 98, p. 358).

les autres obligations du père déterminées dans le chapitre III de la deuxième partie de ce code ». Ces obligations concernent l'entretien, l'éducation et l'établissement de l'enfant dans la mesure des moyens du père. Si un Français se trouvait poursuivi à ces fins par une autrichienne en Autriche, pourrait-il opposer à la demande son statut personnel ? Nullement. A raison de la souveraineté et de l'indépendance respectives des Etats, la loi française ne saurait s'imposer à un juge étranger. Une paternité naturelle pourra donc valablement être déclarée à l'encontre d'un Français en Autriche (1). Quant à l'effet que produira en France une sentence de cette nature, c'est une autre question sur laquelle nous reviendrons.

2. — Supposons qu'un étranger, dont la loi personnelle permet la recherche en justice de la paternité naturelle veuille intenter le procès en France contre l'individu qu'il prétend être son père. Si le défendeur est Français, la demande doit être déclarée irrecevable, car elle se heurterait à une disposition prohibitive de son statut personnel. Mais si le demandeur et le défendeur sont citoyens d'un pays dont la loi admet la recherche de la paternité, l'action sera-t-elle possible en France ?

Tout le monde reconnaît que l'article 340 s'appuie sur des raisons d'ordre public ; mais certains auteurs contestent que ces raisons aient assez de force pour s'opposer à l'applica-

1. Trib. sup. de Cologne, 27 février 1894. (*Journal du Palais* 1896. IV, p. 1.)

tion en France d'une loi étrangère contraire (1). Ce n'est pas l'opinion qui prévaut. La jurisprudence et la doctrine françaises admettent presque unanimement que, lors même que les parties seraient respectivement capables d'après leur loi personnelle, la demande serait repoussée parce qu'elle serait contraire aux principes d'ordre public absolu ou international tels qu'ils sont compris en France (2).

Deux raisons ont en effet motivé la proscription de la reconnaissance forcée d'une paternité naturelle. D'abord cette action n'est pas de nature à conduire à une preuve certaine, irréfragable ; elle ne peut aboutir qu'à des hypothèses, à des probabilités plus ou moins vagues. Même dans la filiation légitime, où elles peuvent s'appuyer sur le fait du mariage et de la fidélité probable de la femme, les législations ont dû recourir à une simple présomption, à plus forte raison dans la filiation naturelle, où les éléments certains font défaut est-il impossible d'arriver à un résultat incontestable. Mais surtout, le législateur a reculé devant les abus, les réclamations calomnieuses, les spéculations immorales et les scandales dont une action de cette nature aurait été trop fréquemment l'occasion. Ce n'est pas là un péril imaginaire : l'ancienne jurisprudence en témoigne suffisamment. « L'homme dont la conduite était la plus pure, dit Bigot-Préameneu, celui qui avait blanchi dans l'exercice de toutes les vertus

1. Fiore, *op. cit.*, p. 272. Laurent, *op. cit.*, p. 517.

2. Weiss, *op. cit.*, p. 556. Despagne, *op. cit.*, p. 416. Brocher, *op. cit.*, I, p. 329. V. Phillimore. *Private international law*, IV, p. 386.

n'était pas à l'abri de l'attaque d'une femme impudente ou d'enfants qui lui étaient étrangers. Ce genre de calomnie laissait toujours des traces affligeantes » (1). Ce sont ces scandales que le législateur a voulu prévenir; l'article 340 C. civ. l'appliquera par conséquent aux étrangers comme aux Français.

La jurisprudence a été appelée à appliquer cette doctrine maintes fois, certains arrêts sont célèbres.

1° Le Tribunal de la Seine et la Cour de Paris furent saisis d'une demande de pension alimentaire formée contre le duc Charles de Brunswick par sa fille naturelle, Mme de Civry. Pour justifier sa demande, Mme de Civry offrit de prouver le rapport de filiation naturelle qui l'unissait au duc de Brunswick, par titres privés, par les soins et l'éducation qu'elle avait reçus du duc jusqu'à son mariage et par la possession d'état. La demande fut rejetée, et sur pourvoi, la Cour suprême maintint l'arrêt (2). Tout récemment le Tribunal de la Seine a eu à revenir sur ces arrêts à l'occasion de la demande en pétition d'hérédité formée par les héritiers de Mme de Civry contre la ville de Genève, légataire universelle du duc de Brunswick. Il a donné sur la question préjudicielle d'état la même solution qu'en 1866 (3).

1. Exposé des motifs, Locré, t. III, p. 94. Cf. Duvergier. *Rapport au Tribunal*, Locré, t. III, p. 136.

2. Paris, 2 août 1866 (S. 66, II, p. 342). Cass. 25 mars 1868 (S. 68, I, 365).

3. Seine, 26 nov. 1896 (Clunet, 97, p. 137).

2° D'après la loi ottomane, la filiation naturelle peut être prouvée, lorsque le père est décédé, de la manière suivante: le demandeur poursuit devant le kadi l'héritier, l'exécuteur testamentaire ou un débiteur de la succession, et, si sa qualité est déniée, il peut en fournir la preuve en produisant le témoignage de deux personnes honorables. Une fille naturelle d'un Ottoman prétendait établir sa filiation par la possession d'état et par divers jugements ainsi obtenus par elle en Turquie contre des débiteurs de la succession. Sa demande fut écartée d'abord parce que les jugements en question étaient inopposables aux cohéritiers qui n'avaient pas été appelés en cause, et parce que la demande était contraire à l'ordre public (1).

3° En 1880 Mahmoud Pacha Ben Aïad, d'origine Tunisienne, mais naturalisé Français par décret, mourut à Scutari, laissant deux fils de sa femme légitime et une fille d'une de ses esclaves préférées. Cette fille n'ayant pas été comprise dans le partage agit en petition d'hérédité, alléguant sa possession d'état. Sa demande tendant à faire établir judiciairement une paternité naturelle, en l'espèce adultérine, fut rejetée (2).

4° Parfois, bien que le procès semble avoir pour objet la déclaration d'une paternité naturelle, il n'en est rien, et nos tribunaux devront déterminer avec soin son objet véritable. Dans une affaire jugée à Tunis entre Italiens le 10 décem-

1. Aix, 27 mars 1890. (Clunet, 91, p. 210, aff. Sakakini).

2. Seine, 13 janvier 1898. Clunet, 98, p. 550. Une question des plus curieuses fut soumise au tribunal dans cette affaire. Le *de cujus*, ayant fait le commerce d'esclaves, était-il déchu de la qualité de Français ?

bre 1894, il semble à première vue que la demande tendait à une recherche de paternité ; au fond le procès portait sur la validité d'une reconnaissance faite conformément au code Sarde. Le jugement, très bien motivé, a donné, à notre avis, la solution exacte (1).

Nos tribunaux admettent que le fait de la séduction peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsqu'elle a eu lieu à la suite de manœuvres dolosives telles qu'une promesse de mariage ; ils admettent également que l'engagement pris par un individu de subvenir aux besoins de l'enfant né d'une femme séduite est juridiquement obligatoire et lie celui qui l'a souscrit. Cette jurisprudence s'appliquera sans difficulté à l'étranger comme au Français. Sous la réserve des circonstances de fait, il ne s'agit plus là d'une recherche de paternité, mais de la réparation d'un fait dommageable dans le premier cas, et dans le second, de l'exécution d'une obligation.

Supposons maintenant que l'action en recherche de paternité ayant été exercée, un jugement déclaratif d'une paternité naturelle ait été rendu par un tribunal étranger. Pourra-t-on invoquer ce jugement en France ? Deux hypothèses sont possibles.

1° Si le jugement a été rendu au profit d'un Français ou contre lui, il pourra bien valoir dans le pays où il a été

1. Clunet, 95, p. 822. (Strésino). Au reste, se fut-il agi d'une recherche de paternité, le tribunal devait accueillir la demande, parce que les étrangers sont régis en Tunisie par leurs lois personnelles. En l'espèce les parties relevaient du Code Sarde, qui permettait cette recherche.

rendu ; en France, il sera considéré comme non avenu et dénué de tout effet, parce qu'il violerait un principe essentiel du statut personnel des parties ou de l'une d'elles.

La loi française s'oppose à une recherche directe de paternité en France ; elle serait éludée trop facilement si un jugement obtenu à l'étranger pouvait s'imposer en France (1).

2^o S'agit-il au contraire d'un jugement déclaratif de paternité rendu à l'étranger entre étrangers, conformément à leur loi nationale, ce jugement produira en France tous ses effets, sans même qu'il soit besoin d'exéquatur. On ne saurait invoquer contre cette solution aucune raison d'ordre public. Qu'on le remarque bien : la loi française proscriit non pas la déclaration d'un rapport de filiation naturelle, puisque ce résultat peut être atteint par une reconnaissance volontaire, mais bien la recherche de ce rapport, elle a voulu couper court aux trafics immoraux et aux révélations scandaleuses auxquels une recherche de cette nature ouvrirait trop fréquemment la porte. Dès l'instant que ces abus ne sont pas à craindre en France, peu importe qu'ils se produisent éventuellement à l'étranger ; quant à leur résultat, c'est-à-dire la déclaration de la paternité, il ne choque en rien l'ordre public absolu français.

Ce sentiment est celui de la plupart des auteurs et de la jurisprudence (2). On lit dans un arrêt de la Cour de Paris

1. *Contra* : M. Fiore, *op. cit.* p. 277.

2. Laurent, *op. cit.*, p. 547. Weiss, *op. cit.*, p. 556. Despagne, *op. cit.*, p. 447. Fiore, *op. cit.*, p. 277. Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 127. Rougelot de Lioncourt, *op. cit.*, p. 240.

du 24 décembre 1866 « que les Tribunaux français doivent accepter l'état civil des étrangers tel qu'il est déterminé par les lois de leur pays, même sur une action en recherche de paternité, celle-ci n'étant pas contraire aux règles fondamentales de l'ordre public » (1). Et dans un autre arrêt que « le jugement qui constate une paternité naturelle prouvée par un acte de reconnaissance non authentique émané du père réclamé ne porte aucune atteinte à nos principes d'ordre public et par suite peut être déclaré exécutoire en France » (2).

Ces solutions appellent toutefois une réserve. Il nous semble que lorsqu'un jugement étranger aura constaté une paternité adultérine ou incestueuse, même entre étrangers, il ne pourra jamais être invoqué en France. Des raisons de haute moralité nous paraissent s'opposer à ce qu'une pareille paternité soit non-seulement recherchée mais même révélée.

Une dernière question reste à examiner. Quel est l'effet, sur l'aptitude d'un individu à rechercher sa paternité naturelle, d'un changement de nationalité ou d'un changement de législation ? Un individu, dont la loi personnelle autorise la recherche devient sujet d'un pays dont la loi la prohibe ; ou bien, autorisée dans cette loi personnelle, elle vient à être interdite par suite d'un changement législatif. A quel

1. Paris, 24 décembre 1866. *Bulletin Cour de Paris*, 66, p. 789.

2. Pau, 17 janvier 1872 (S. 72. II. 233). V. aussi Paris, 8 février, 22 avril et 12 décembre. 1864. *Bulletin Cour de Paris*, 1864, p. 601 et 925.

moment se placera-t-on pour déterminer la capacité de l'individu à rechercher sa paternité ? Prendra-t-on en considération sa loi originaire ou sa loi actuelle ? La question s'est posée dans le procès de Civry-Brunswick. Outre la demande directe de recherche de paternité, la difficulté suivante se produisit : Mme de Civry, fille naturelle du duc de Brunswick, était née dans le duché de Brunswick ; elle était donc allemande. Par son mariage elle devint Française. La loi du Brunswick permettait la recherche de la paternité ; la loi française la prohibe. La demanderesse pouvait-elle (à supposer que nos principes d'ordre public ne rendissent pas l'action irrecevable) invoquer encore son statut allemand ?

La cour de Paris l'a admis, et nous croyons qu'elle a bien jugé. Il est certain qu'en changeant de nationalité Mme de Civry avait changé de statut. Mais un changement de nationalité ne peut avoir d'effet rétroactif ; il ne peut porter atteinte aux droits acquis antérieurement. Si parfois il est assez difficile de définir avec précision le droit acquis et de le distinguer de la simple expectative, ici, à notre avis, il n'y a pas de doute. Le fait de la naissance donne à l'enfant un droit irrévocable, quoique éventuel, contre son père ; un changement de nationalité est sans effet sur un droit qui doit être apprécié d'après la loi sous l'empire de laquelle il a pris naissance (1).

Il faut donner la même solution au cas d'un changement

1. V. Cass. 25 mai 1868 (S. 68, I, 365) Albertville 15 mars 1879. (Clunet, 79, p. 393, Carmellini). Cour d'Alger 4 février 1895 (Clunet, 95, p. 827) Seine, 26 juillet 1891 (Clunet, 91, p. 1007).

de législation; la loi nouvelle ne peut toucher à un droit acquis, et nous considérons comme un droit acquis celui de rechercher sa paternité.

Cela est si vrai que le code italien de 1866, dont l'art. 189 repousse la reconnaissance forcée admise par la législation antérieure contient une disposition transitoire (art. 7) aux termes de laquelle cet art. 189 est inapplicable aux enfants nés ou conçus avant la promulgation dudit code. La question s'est posée dans un procès célèbre, celui de la comtesse Lambertini contre les héritiers du cardinal Antonelli. Se fondant sur cette disposition transitoire, la comtesse Lambertini prétendit établir qu'elle était fille naturelle du cardinal, et sa prétention fut admise en première instance. La Cour d'appel et la Cour de cassation, estimant qu'il ne s'agissait pas d'une recherche de paternité naturelle mais de la réclamation d'un état contraire à l'acte de naissance firent échouer la demande à raison d'autres dispositions du code (1)

La recherche de la maternité est autorisée dans toutes les législations. Aux termes de l'art. 341 C. civ., l'enfant peut la faire par la preuve testimoniale lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit; cette disposition est de statut personnel. Le Français pourra l'invoquer à l'étranger, car elle ne contient pas un moyen de procédure mais une règle de fond. Réciproquement l'étranger sera soumis en France aux dispositions de sa loi nationale sur ce point. Cependant

1. V. Clunet 1880, p. 108-119. cf. Cass. Rome, 23 mars 1887 (Clunet, 87, p. 671).

un étranger ne pourrait émettre la prétention de rechercher en France une maternité adultérine ou incestueuse ; la loi étrangère qui admettrait cette action serait contraire à nos principes d'ordre public absolu. De même un Français ne pourrait faire établir un rapport de filiation de cette nature dans un pays où cette action serait admise, en Prusse par exemple.

Quant aux effets de la reconnaissance d'une paternité naturelle, soit volontaire soit forcée, il faut se référer, pour les apprécier, à la loi personnelle des intéressés. C'est cette loi qui déterminera la place de l'enfant dans la famille, qui fixera ses droits à la succession de son père ou de sa mère, qui dira dans quelle mesure ceux-ci peuvent exercer sur lui les droits de la puissance paternelle et dans quelle mesure ils lui doivent l'entretien, l'éducation, l'établissement et des aliments.

Une question intéressante concernant les effets de la reconnaissance fut soumise au Tribunal de la Seine. Un Russe d'origine, mais naturalisé Français, avait reconnu un enfant en France postérieurement à son changement de nationalité. La question s'éleva de savoir : 1°) si l'enfant prenait le nom de son père ; 2°) s'il prenait aussi son titre de noblesse. Sur le premier point le tribunal donne la solution affirmative qui ne pouvait faire doute. Mais sur le second, il s'est référé à la loi russe qui, n'admettant pas la reconnaissance des enfants nés hors mariage, n'admet pas la transmission du titre nobiliaire à leur profit (1). M. Laurent critique cette

1. Seine, 30 mai 1879 (Clunet, 79, p. 391, Branicki).

décision et il nous paraît qu'il a raison. Le père de l'enfant étant, au moment de la reconnaissance, non plus Russe, mais Français, comment une reconnaissance faite par un Français pouvait-elle être régie ; quant à ses effets civils, par la loi française, et quant à ses effets politiques, par la loi russe ? (1) Il nous semble que si le Tribunal n'avait pas trouvé, dans les faits de la cause, des éléments de solution ; il aurait dû se reporter aux règles suivies dans l'ancien droit sur la transmission des titres nobiliaires.

1. Laurent, *op. cit.*, p. 543.

CHAPITRE III

Légitimation

Le droit romain antique ne connaissait pas la légitimation ; cette institution n'apparut qu'avec le droit du Bas-Empire, sous l'influence du christianisme. Les constitutions impériales admirent deux modes de légitimation des enfants nés *ex concubinato* : 1° le mariage subséquent des père et mère ; 2° l'oblation à la curie de leur ville, si c'était un fils, ou le mariage avec un décurion si c'était une fille (1). Justinien ajouta la légitimation *per rescriptum principis*, que le père pouvait solliciter de l'empereur lorsque le mariage était devenu impossible par suite de décès ou d'absence de la mère, ou de divorce ; elle était possible même après la mort du père, lorsqu'il l'avait demandé dans son testament ; mais il fallait qu'il ne laissât pas d'enfants légitimes. Au reste, il convient de remarquer que seuls les enfants issus du *concubinatus*, sorte de mariage de second ordre, toléré par des mœurs et reconnu par la loi, pouvaient bénéficier de la légitimation ; elle ne s'appliquait pas aux enfants nés d'un commerce illicite (*spurii sine patre*).

1. C. de natur. liberis, V. 27. Inst. § 13, de nupt. I. 10 Nov. 89 c. 8. L. 10-13 c. Théod. de decur. XII. 1.

Le droit canonique reprit l'institution et l'étendit à ces derniers. « *Tanta vis est matrimonii*, dit la célèbre décrétale d'Alexandre III, *ut qui antea sunt geniti, per contractum matrimonium legitimi habeantur* » (1). Aussi bien, le *concubinatus* ayant disparu et le mariage étant devenu la seule union licite entre l'homme et la femme, la légitimation devait s'adresser aux enfants nés de toutes personnes entre lesquelles le mariage était possible.

L'ancien droit conserva la légitimation par mariage subséquent et par lettres patentes du roi ; celle-ci toutefois avec des effets moins étendus que la première, notamment au point de vue des successions (2). Quant au code civil, il n'a attaché la législation qu'au mariage subséquent des parents (art. 331 et suiv.).

L'institution de la légitimation par mariage subséquent repose sur une haute idée morale. « On a pensé, dit Demolombe, qu'il convenait, au nom de la morale et du bon ordre de la société, d'ouvrir cette voie de réparation à l'homme et à la femme qui avaient eu des relations illicites ; et nul moyen n'a paru plus puissant pour les exciter à effacer par le mariage le scandale de leur conduite que l'intérêt même de leurs enfants dont la légitimité dépend de ce mariage » (3).

Il y a cependant une législation qui, s'inspirant de conceptions morales différentes des nôtres, répudie ce mode de

1. Ch. VI, *qui filii sint legit* (Zeitschrift für deutsches Recht, IV 228).

2. Pothier, *contrat de mariage*, n° 424, *Successions*. Ch. I. Merlin, V° *légitimation*.

3. Demolombe, t. V, p. 342. Laurent, t. V, n° 275.

légitimation ; c'est celle de l'Angleterre. Proposé en 1236 au Parlement de Merton par le clergé anglais, il fut repoussé à l'unanimité par les barons qui firent la célèbre réponse : « *Nolumus leges Angliae mutare* », montrant ainsi dès cette époque les tendances conservatrices qui sont le caractère distinctif du droit anglais. Pour justifier leur législation, les jurisconsultes anglais allèguent que ce moyen, accordé trop facilement par la loi, est de nature à décourager les hommes des liens du mariage et à favoriser les unions illicites (1). Quelle que soit la valeur de cette considération, nous croyons notre loi meilleure, plus humaine et aussi plus morale. Instituée surtout dans l'intérêt des enfants, la légitimation par mariage permet de réparer bien des fautes dont les conséquences, en son absence, retomberaient injustement sur eux. Il convient d'ailleurs de remarquer que la règle en question n'est pas celle de tout le Royaume-Uni ; elle n'existe qu'en Grande-Bretagne et en Irlande. La légitimation par mariage subséquent est usitée en Ecosse, de même à Jersey et Guernesey où le droit local a été conservé. En Amérique, où pourtant le droit anglais fait le fond de la *common-law* fédérale, elle a été adoptée dans la plupart des Etats de l'Union, notamment en Vermont, Maryland, Virginie, Georgie, Alabama, Mississippi, Kentucky, Missouri, Indiana, Ohio (2).

1. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, t. III, p. 68.

2. Lawrence sur Wheaton, *op. cit.*, III, p. 165. Kent's *Commentaries on the American law*, III, p. 213.

Pendant très longtemps une autre législation s'est inspirée, sur la légitimation par mariage subséquent, de principes analogues à ceux du droit anglais, c'est celle de la Russie. Jusqu'à ces dernières années le mariage des père et mère restait sans effet sur la condition des enfants naturels (*Svod*, art. 132) qui étaient considérés, alors même que leurs parents se seraient mariés postérieurement, comme nés de parents inconnus, et qui n'avaient droit ni à la succession ni au nom de leur père ni de leur mère. La légitimation par rescrit tempérait, il est vrai ; cette rigueur, au moins sous le règne d'Alexandre I^{er}. En 1829 un ukase l'interdit par mesure générale et elle ne fut plus accordée que très rarement. Au reste, il faut noter qu'il n'en était ainsi que dans les classes élevées ; chez les paysans, elle a toujours été librement pratiquée dans la plupart des provinces (1).

Une loi du 12 mars 1891 a opéré en cette matière un changement presque radical. Désormais le mariage subséquent des parents met les enfants naturels sur le même pied que s'ils étaient nés dans le mariage ; mais il faut que la légitimation soit homologuée par jugement dans l'année du mariage. Le Tribunal fait d'ailleurs acte de juridiction gracieuse ; il se borne à s'assurer de la régularité du mariage et de l'absence de tout obstacle. Le jugement est rendu à huis-clos et est mentionné sur l'acte de naissance de l'enfant (2).

1. Lehr, *Éléments de droit civil russe*, I. p. 77.

2. Lehr dans *Clunet*, 1895, p. 518.

§ 1. — Légitimation par mariage subséquent.

Posons le principe : la légitimation est de statut personnel et est régie, tant au point de vue de la capacité nécessaire que de ses effets, par la loi personnelle de l'individu. Cela n'a jamais été contesté ; certains statutaires prennent même soin de le dire expressément (1). Mais il y a controverse en ce qui touche la détermination de cette loi personnelle. Dans l'ancien droit, où le statut personnel se déterminait par le domicile, on se référait, à l'égard de la légitimation, à la loi du lieu où le mariage avait été célébré (2). Aujourd'hui, bien que la loi nationale ait pris la place de celle du domicile, la doctrine internationale est encore très divisée. Savigny et Rocco estiment qu'on ne doit tenir compte que du domicile du père au moment du mariage (3). Pour Schaeffner, tout dépend de la loi du pays où la naissance a eu lieu, et ce système prévaut encore dans la doctrine anglo-américaine (4).

Toutes ces opinions sont à repousser. Le lieu où est célébré le mariage, comme celui où s'accomplit la naissance

1. Bouhier, obs. 24, n^{os} 123-124. Boullenois, t. I, p. 61-63.

2. Bouhier. *loc. cit.* Boullenois. *loc. cit.* Huber. *De conflictu legum*, I, 3, § 9.

3. Savigny. *Système*, VIII, § 380. Rocco. *Diritto civile internazionale*, I, 23.

4. Schaeffner. *Droit int. privé*, § 37. Cf. Story. *Conflicts of laws*, § 87. Burge. *Commentaries on colonial and foreign law*, I, p. 102. Wharton. *Conflicts of laws*, § 240. Cf. Alexander, dans Clunet, 81, p. 495. Stocquart dans Clunet, 88, p. 205.

ne sauraient avoir une influence quelconque sur la détermination de la loi appelée à régir la légitimation ; ce sont là des éléments purement accidentels et fortuits. La loi du lieu où s'accomplit un acte juridique peut bien influencer sur les conditions de forme que requerra l'acte pour sa validité, nullement sur les règles de fond qui dépendent exclusivement de la loi nationale de l'individu qui le conclut ; c'est donc à la loi nationale des parties qu'il faut s'attacher pour déterminer la loi personnelle qui régira la légitimation.

L'application et le jeu de cette règle ne présentent aucune difficulté lorsque les individus intéressés appartiennent tous à la même nationalité ; le conflit ne s'élèvera qu'entre la loi nationale des parties et la loi du pays où l'acte se produit. Nous déciderons par conséquent :

1° Que deux époux Français, ayant un enfant naturel français, légitimeront valablement cet enfant par un mariage contracté en Angleterre, conformément à leur loi nationale.

2° Que le mariage contracté en France par deux Anglais ayant un enfant de nationalité anglaise n'opèrera pas légitimation de ce dernier, conformément à la loi anglaise. Ces solutions sont certaines ; nos tribunaux les ont consacrées (1).

Que décider au contraire lorsque les intéressés relèvent de patries différentes et de lois personnelles opposées, dont l'une admet, l'autre repousse la législation par le mariage subséquent ? Avant d'examiner la question, qui est complexe, dans les diverses hypothèses où elle se pose, il faut

1. Bordeaux, 27 août 1877. D. 78, II, p. 493.

exposer le système général dont les solutions vont découler.

La légitimation est un effet direct du mariage ; sans mariage, pas de légitimation. Le mariage est la source de la filiation légitime : c'est aussi celle de la filiation légitimée. Or, le mariage dépend d'une loi unique, celle de son chef, qui est le mari ; c'est donc la loi nationale du mari qui est compétente pour régir la légitimation. « Pour la filiation légitime, dit M. Duguît, c'est au moment de la naissance que se forme le rapport de droit. Aussi avons-nous fixé la loi personnelle du mari par la nationalité qu'il avait à ce moment. L'acte de légitimation est, pour la filiation légitimée ce que la naissance est pour la filiation légitime. Cet acte consiste essentiellement dans le mariage des parents régulièrement contracté. Par suite on déterminera la loi nationale du mari par la nationalité qu'il avait à l'époque du mariage entraînant légitimation (1). »

Cette théorie nous paraît exacte. Voici les applications qui en résultent.

1° Supposons qu'au moment où le mariage est célébré le père et la mère appartiennent à la même nationalité, mais que l'enfant qu'il s'agit de légitimer relève d'une patrie différente. Ainsi :

a). Deux Français contractent mariage, soit en France, soit en Angleterre et veulent légitimer des enfants que nous supposerons de nationalité anglaise. Notre principe reçoit ici une application directe : la loi du chef de famille régit tous les membres de la famille ; il faut par conséquent déci-

1. Duguît dans *Clunet*, 86, p. 513.

der que le mariage entraînera légitimation. La question ne semble pas s'être présentée encore soit en France, soit en Angleterre. Remarquons qu'en pareil cas, il est fort possible que les tribunaux anglais dénie au mariage son effet légitimateur : peu importe. Outre que la décision que nous donnons nous paraît strictement juridique, il n'est pas douteux que nos tribunaux, très favorables à la légitimation qu'ils ont une tendance à considérer comme d'ordre public absolu, ne la consacreront si la question leur était soumise.

b). Deux Anglais contractent mariage en France et veulent légitimer un enfant de nationalité française, toutes les conditions requises par la loi française, la reconnaissance préalable notamment, étant par hypothèse remplies. Si nous maintenons la rigueur de la règle, nous devons décider que l'enfant ne sera pas légitimé. Certains reculent devant cette conséquence et font remarquer, en faveur de la légitimation, que l'enfant, étant français, est en droit d'attendre du mariage de ses parents le bénéfice que sa loi nationale y attache ; ils observent que souvent les circonstances de fait militeront en faveur de l'enfant, sa naissance sur le sol français, le mariage de ses parents célébré en France, le domicile que ceux-ci peuvent y avoir. A notre sentiment, ces raisons de fait ne sauraient faire écarter le principe, et nous nous prononçons contre la légitimation. Toute la question revient à ceci : l'enfant a-t-il un droit acquis à être légitimé ? Non, puisque le mariage de ses parents, qui seul opérerait cette légitimation est un fait indépendant de lui et qui échappe à son action. D'autre part

la famille doit être régie par une loi unique, celle du mari : les intérêts des individus, si respectables soient-ils, doivent céder devant l'application des principes du droit (1).

2^o Les époux sont de nationalités différentes, abstraction faite de la nationalité de l'enfant. Ainsi :

a) Un Français épouse une Anglaise, soit en France, soit en Angleterre. L'enfant né antérieurement sera-t-il légitimé ? Oui ; l'application de la loi du mariage, c'est-à-dire celle du mari, conduit à cette solution. Il convient d'observer, d'ailleurs, que dans beaucoup de cas le conflit ne s'élèvera pas, puisque dans la plupart des législations la femme suit la nationalité de son mari. Si toutefois la femme conservait, aux termes de sa loi nationale, sa nationalité originaire malgré son mariage avec un étranger, comme c'était le cas pour la femme anglaise avant l'*act* de 1870, le conflit serait résolu dans le sens que nous avons indiqué, c'est-à-dire par l'application de la loi française (2).

b) Un Anglais épouse une Française, pour savoir si le mariage opérera légitimation, quelle loi convient-il de consulter ? Pour nous la réponse ne saurait être douteuse ; nous appliquerons toujours la loi du chef de la famille, et dans l'espèce nous décidons que les enfants ne seront pas légitimés, quelle que soit leur propre nationalité.

La question s'est posée dans ces termes dans l'affaire Skottowe. Un Anglais domicilié en France avait contracté

1. En ce sens Duguit dans *Clunet*, 86, p. 516, *contra* Weiss, p. 559.

2. Duguit, *op. cit.*, p. 516. Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 125. Laurent, *op. cit.*, p. 577.

mariage en France avec une Française dont il avait eu trois enfants naturels. La légitimité des enfants ayant été contestée, la Cour d'Orléans décida très justement, par arrêt du 17 mai 1856 que la femme française qui épouse un étranger suivait la nationalité de son mari (art. 19 C. civ.) dont la loi devait recevoir son application. Sur pourvoi, la Cour suprême cassa l'arrêt et renvoya devant la Cour de Bourges qui se rallia à sa doctrine (1).

Deux considérations portèrent la cour de Cassation à infirmer la première décision. « La femme française ; dit-elle, qui épouse un étranger a droit à la légitimation. Appliquer ici la loi anglaise serait méconnaître des intérêts légitimes. D'ailleurs la légitimation est d'ordre public et la loi anglaise qui la prohibe perd son application devant un principe d'ordre public du droit français ».

Malgré notre respect pour la Cour de Cassation et l'autorité de ses arrêts, nous ne croyons pas qu'elle ait fait sur ce point une juste application des principes du droit international privé. D'abord, dire que la femme a droit à la légitimation nous semble une erreur. La femme n'a pas de droit acquis au mariage ; elle n'a par conséquent pas de droit acquis à la légitimation. En se mariant avec un Anglais, elle doit savoir qu'elle devient Anglaise ; elle doit se renseigner sur les conséquences qu'aura pour elle ce mariage ; elle ne peut donc critiquer un acte volontaire et réfléchi de

1. Orléans, 17 mai 1856. S. 56, II, 625. D. 56, II, 154. Cass. 23 nov. 1857. S. 58, I, 293. D. 57. I. 423. Bourges, 26 mai 1858. S. 58, II, 532, D. 58, II, 178.

sa part. Qu'elle ait eu, en raison des circonstances de fait, le domicile en France du mari et la célébration du mariage en France, un intérêt légitime à la légitimation, nous ne le contestons pas ; mais ce que nous nions, c'est qu'un intérêt individuel, quelque légitime qu'on le suppose, ait la vertu de faire écarter un principe de droit aussi certain.

D'ailleurs la Cour a si bien compris la fragilité de sa théorie, que pour la renforcer, elle fait intervenir une autre idée : « La légitimation, dit-elle, est d'ordre public ». Que vaut cet argument ? Il n'est pas plus décisif que le premier et il repose, croyons-nous, sur une perception confuse de l'idée d'ordre public en droit international. A l'égard des Français, la légitimation est incontestablement d'ordre public ; en ce sens qu'elle s'impose à eux et qu'ils ne pourraient pas écarter cet effet du mariage par des conventions particulières.

Mais il n'est guère contestable qu'ainsi comprise, la législation ne concerne que les français ; le législateur en les écrivant n'a eu en vue que l'intérêt des familles françaises. En termes plus juridiques, il s'agit là d'une règle d'ordre public relatif, et non pas absolu. Il appartient à chaque législateur d'édicter les règles destinées à fixer l'état de ses nationaux et la constitution de leurs familles ; il le fait en suivant les conceptions morales qui lui paraissent les meilleures. Si la loi anglaise proscriit la légitimation par mariage subséquent en considérant qu'elle ne remplit pas son but moralisateur et qu'elle est plutôt de nature à favoriser les unions illégitimes qu'à en diminuer le nombre, nous devons accepter ces règles ; nous n'avons pas le droit de les

taxer d'immoralité. Elles ne choquent pas l'ordre public absolu français à un point tel que nos tribunaux ne puissent les appliquer (1).

Néanmoins, nous n'entendons pas dire que nos principes d'ordre public absolu ne s'opposeront jamais à l'application de lois étrangères contraires à nos idées en matière de légitimation. Il en sera notamment ainsi dans certaines questions intéressant la légitimation d'enfants adultérins ou incestueux. A première vue il semble difficile qu'une pareille légitimation soit possible; des conflits peuvent pourtant s'élever. Ainsi:

1° Certaines législations permettent la légitimation des enfants adultérins lorsque les parents se marient après la dissolution de l'union qui mettait obstacle à leur mariage (Prusse, Portugal avant 1867). Bien entendu, si le père est français, la légitimation ne résultera jamais du mariage, en quelque lieu qu'il soit célébré; elle serait contraire aux règles de son statut personnel. Si les parties sont toutes étrangères et si le mariage est célébré en France, la question peut paraître douteuse; nous inclinons à penser que nos tribunaux devront considérer le mariage comme n'opérant pas légitimation.

2° Certaines législations admettent que l'enfant incestueux

1. En ce sens Weiss, p. 560. Laurent, p. 584. Despagne, p. 451. M. Laine, à son cours. Duguit, *op. cit.*, p. 515. La jurisprudence est divisée sur la question. Ont accepté la solution de la cour de cassation : Rouen, 5 janvier 1887 (Clunet, 88, p. 183. Joly c. Perkins) Paris 23 mars 1888 (Clunet, 89, p. 638, O'Rorque). La cour de Caen a jugé en sens contraire. Caen, 18 février 1852 (D. 53, II, p. 61.

peut être légitimé par le mariage subséquent de ses parents contracté avec une dispense du chef de l'Etat ; il en est ainsi en Bolivie. Faut-il donner la même solution ? Par exemple l'une des parties est de nationalité bolivienne, l'autre est française ; ou bien elles sont toutes boliviennes et le mariage est célébré en France. Nos principes d'ordre public s'opposent-ils à ce que ce mariage entraîne légitimation ? Il semble qu'on doive en principe répondre affirmativement. Toutefois, il ne faut pas oublier que lorsqu'il s'agit de Français, la jurisprudence décide que les enfants nés d'un commerce incestueux entre personnes pouvant contracter mariage avec l'autorisation du chef de l'Etat sont légitimés de plein droit par ce mariage (1). Nous n'avons pas à apprécier cette jurisprudence, qu'on a accusée de violer ouvertement la loi ; nous nous bornons à constater qu'elle est aujourd'hui fixée en ce sens. Dès lors, il nous semble difficile de soutenir que si le mariage dont s'agit est contracté en France, toutes les conditions de la loi nationale des époux étant remplies, la légitimation n'est pas opérée, lorsque la loi étrangère y attache cet effet. Au surplus la question est fort délicate ; il ne semble pas qu'elle se soit déjà présentée en fait.

Nous avons ainsi établi qu'au point de vue de la capacité nécessaire à la validité de la légitimation, c'est à la loi nationale des parties qu'il faut se référer, et, si elles sont de nationalités différentes à la loi nationale du père, du chef de la

1. Cass. 22 janvier 1867 (3 arrêts). S. 1867, I, 49. Paris, 20 juillet 1867. S. 67.2.312. Cass. 27 janvier 1874. S. I, 108. Rennes, 17 juin 1879. S. 80, II, 43. V. cep. Douai, 13 juillet 1864. S. 64, II, 182. Colmar, 31 mars 1866. S. 66, II, 199.

famille. Une seconde question se pose maintenant. Quelle loi régira les conditions de forme de la légitimation ?

Tout d'abord, précisons le sens exact que nous attachons au mot *forme*. Nous limitons, en matière de légitimation, la forme des actes juridiques aux formalités exigées par la loi soit pour la manifestation de la volonté des parties ou pour la protection de leur liberté morale, soit pour la conservation de la preuve des actes ; et nous entendons la forme des actes comme s'appliquant essentiellement à ce qui en est l'expression extérieure, matérielle, instrumentaire. Ces conditions relèvent de la règle *Locus regit actum*. Au contraire, nous considérons comme éléments de fond, et par suite comme relevant de la loi nationale des parties toutes les conditions exigées par leur loi personnelle en ce qu'elles règlent ou restreignent leur capacité à cet égard.

Appliquons ces principes. La loi française exige, pour que la légitimation s'opère, deux actes essentiels : une reconnaissance et un mariage. Si l'un de ces actes manque, la légitimation ne se produit pas ; elle ne s'accomplit que s'ils concourent. De là nous concluons qu'un mariage contracté par un Français à l'étranger sans une reconnaissance expresse ne légitimera pas. La loi espagnole et la loi polonaise au contraire n'exigent pas une reconnaissance formelle ; elles se contentent d'une reconnaissance tacite dérivant de la possession d'état. Le Code civil Allemand de 1896 dispose art. 1719) que par le seul fait du mariage subséquent de ses parents, et à partir de la célébration du mariage, l'enfant acquiert la qualité d'enfant légitime ; aucune reconnaissance

préalable n'est exigée. Dans les Pays-Bas, elle n'est nécessaire que lorsqu'il s'agit de la légitimation d'enfants nés de personnes entre lesquelles le mariage ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une dispense du roi (art. 328, C. Néerl.) En Suède le mariage n'est même pas nécessaire pour légitimer les enfants ; les fiançailles suffisent. Nous pensons que le mariage contracté par exemple par un Espagnol en France, dont les enfants ont la possession d'état nécessaire opérera légitimation sans reconnaissance préalable. La règle *Locus regit actum* n'aura d'application qu'en ce qui concerne les formes requises par la loi locale pour la célébration du mariage, ou en ce qui concerne les formes instrumentaires de l'acte contenant reconnaissance (1).

Ces solutions sont simples ; elles sont généralement admises (2). Mais l'article 331 C. civ., a soulevé une autre difficulté assez sérieuse. Aux termes de ce texte, la reconnaissance exigée pour la validité de la légitimation doit précéder le mariage. Cette règle n'existe pas partout. Le Code italien (art. 191) se contente d'une reconnaissance postérieure ; de même en Portugal, en Bolivie et en Espagne. La question est de savoir si les dispositions de ces législations touchent au fond ou à la forme de la légitimation. Elle est très impor-

1. C'est ainsi que nos tribunaux ont considéré comme entraînant légitimation une reconnaissance faite par un Français au Brésil dans l'acte de baptême de l'enfant et un mariage célébré ultérieurement par un ministre du culte. Seine, 14 mars 1879. (Clunet, 79, p. 280). V. aussi Cass., 20 janvier 1877. (Clunet, 79, p. 176).

2. Duguit dans Clunet, 86, p. 519. Despagne dans Clunet, 88, p. 593.

tante. Si la règle prescrite par l'article 331 C. civ., ne contient qu'une exigence de forme, il faut en conclure que le Français qui, à l'étranger, ne reconnaîtra ses enfants qu'après son mariage, dans un pays où une reconnaissance postérieure suffit, les légitimera valablement; et inversement, que le mariage contracté en France par un Italien ou un Espagnol, qui, au lieu d'obéir à la loi française, suivrait sa loi nationale, n'opèrera pas légitimation.

Nos tribunaux ont eu à se prononcer deux fois sur la question en 1876 et ils ont donné des solutions différentes. Dans une première espèce, il s'agissait de Français établis en Californie qui s'étaient mariés sans reconnaître au préalable leur enfant; la loi californienne, en effet, n'exige pas cette condition et se contente d'une possession d'état, qui existait en fait. La Cour de Besançon, estimant que la condition d'une reconnaissance préalable était une simple formalité tint la légitimation pour valable (1). La Cour de Paris donna une décision contraire dans une espèce identique. Trois enfants naturels étaient nés à Marseille d'une mère Espagnole et d'un père Français. Les parents contractèrent un mariage *in extremis* devant un prêtre espagnol sans reconnaître les enfants, mais ceux-ci, conformément à la loi espagnole appliquée aux Philippines, avaient la possession d'état nécessaire. La Cour décida que l'art. 331 C. civ. contenait une décision obligatoire pour les Français et que le mariage n'avait pas légitimé les enfants (2).

1. Besançon, 25 juillet 1876 (Clunet, 77, p. 228).

2. Paris, 2 août 1876 (Clunet, 77, p. 230).

Nous croyons que c'est la Cour de Paris qui a donné la véritable solution. A notre avis la nécessité d'une reconnaissance préalable au mariage est une condition non de forme, mais de fond, parce qu'elle restreint l'aptitude à légitimer ou à être légitimé. Il faut en effet pour apprécier le sens et la portée d'un texte se référer à la pensée qui a guidé le législateur en l'écrivant. Le Code civil a exigé une reconnaissance préalable au mariage pour couper court aux pratiques frauduleuses usitées dans l'ancien droit, où cette condition n'existait pas. En reconnaissant un enfant naturel dont la filiation n'était pas établie, des époux dont l'union avait été stérile se créaient très facilement une postérité légitime; et c'est pour empêcher ces simulations que les rédacteurs du Code ont exigé une reconnaissance antérieure, ou tout au moins concomitante au mariage. Il en résulte que l'article 331 C. civ., a été écrit exclusivement dans l'intérêt des familles françaises, et que si des législations étrangères n'ont pas pris de précautions contre une fraude qu'elles peuvent ne pas redouter, on doit appliquer leurs dispositions en France. Quant aux Français en pays étranger, l'article 331 s'impose obligatoirement à eux (1). C'est ce qui a été jugé par la Cour de Bordeaux dans une espèce où une Française, née au Chili, se prétendait légitimée par le mariage de ses parents sans que ceux-ci l'eussent préalablement reconnue (cette condition n'est pas exigée dans la loi chilienne); elle présentait son acte de baptême dressé par un prêtre catho-

1. Fiore, *op. c.*, p. 297. Weiss, p. 560. M. Lainé, à son cours. Duguitt, *op. c.*, p. 520. Despagne, *op. c.*, p. 452 et dans Clunet, 83, p. 594.

lique et prétendait que cet acte, joint à sa possession d'état, tenait lieu de reconnaissance. La Cour ne l'a pas admis (1).

Une autre difficulté peut se présenter à propos de l'art. 331. Quelle influence un changement de nationalité aura-t-il sur la nécessité de la reconnaissance préalable du mariage? Ainsi un Français contracte mariage sans reconnaître son enfant naturel avant la célébration; puis il devient Italien et il procède à une reconnaissance tardive. L'enfant sera-t-il légitimé? Oui, si l'on applique la loi nationale du père au moment de la reconnaissance; non, si l'on s'en tient à la loi dont il relevait au moment de son mariage. Hypothèse inverse: un Italien se marie; après le mariage il devient français et reconnaît l'enfant contrairement à sa loi nationale actuelle, mais conformément à sa loi originaire. La légitimation sera-t-elle accomplie?

Appliquons les principes généraux. Il est de principe qu'un changement de nationalité ne peut porter aucune atteinte à un droit antérieurement acquis. Une naturalisation peut bien agir *in futurum*; elle ne saurait avoir d'effet rétroactif. Toute la question est de savoir si, dans notre hypothèse, il y a véritablement pour l'enfant, un droit acquis à la légitimation.

Certains auteurs l'admettent. « Il nous semble, dit M. Fiore, que dans le doute on doit toujours préférer la loi la plus favorable à la légitimité. D'autre part, en considérant que les rapports de paternité et de filiation doivent être régis par la loi sous l'empire de laquelle ils ont commencé à exis-

1. Bordeaux, 26 février 1886 (Clunet, 87, p. 316).

ter, et il doit par conséquent en être ainsi de la légitimation par suite de mariage, laquelle doit être soumise à la loi en vigueur au moment où la famille a été constituée par ce contrat » (1).

Cette opinion doit, croyons-nous, être repoussée. L'enfant n'a, en pareille hypothèse, aucun droit à la légitimation. Remarquons en effet que, soit dans la loi italienne, soit dans la loi française, la légitimation n'est acquise que moyennant l'accomplissement de deux actes essentiels, un mariage et une reconnaissance, quelle que soit l'ordre dans lequel ces deux actes doivent être faits. Donc, tant que ceux-ci ne sont pas réalisés, la légitimation n'existe pas; elle n'existe que lorsqu'ils ont concouru. Pour déterminer par conséquent la loi personnelle qui régit la légitimation; il faut se référer uniquement à la loi sous l'empire de laquelle elle devient définitive, c'est-à-dire celle de la nationalité nouvelle. Nous en concluons que dans la première hypothèse, les enfants d'un Français devenu postérieurement Italien seront légitimés quoique leur reconnaissance soit tardive; dans la seconde, que les enfants d'un Italien naturalisé Français après son mariage ne pourront être légitimés. La solution est rigoureuse, mais elle est commandée par les principes (2).

Toutefois, s'il en est ainsi lorsque le changement de nationalité est volontaire; convient-il de donner la même solution

1. Fiore, *op. cit.*, p. 299.

2. *Sic* Duguit dans Clunet, 1886, p. 521. Despagnet. *Précis*, p. 454 et dans Clunet, 88, p. 602. cf. Antoine, note sous Fiore, p. 299.

lorsqu'il est forcé, par exemple par suite d'une annexion? Théoriquement, nous répondons affirmativement : il n'y a pas plus un droit acquis à la légitimation lorsque le changement de nationalité est involontaire que lorsqu'il est volontaire. En fait il a été jugé que le Sarde devenu Français après l'annexion de 1860 est légitimé par le mariage subséquent de ses parents quand même la reconnaissance serait postérieure à ce mariage (1).

Il nous paraît intéressant, avant d'en finir avec la légitimation par mariage subséquent de donner quelques indications sur l'état actuel de la jurisprudence anglaise sur cette matière. Pendant longtemps la pratique des cours a appliqué avec une extrême rigueur les principes absolus du statut de Merton : *The is a bastard that is born before the marriage of his parents*. En 1839 encore, dans le célèbre procès *Barthwhistle c. Vardill*, où le conflit portait sur l'application de la loi écossaise qui permet cette légitimation, il fut décidé que la règle du droit anglais sur ce point était d'ordre public (*public policy*).

Cependant, depuis vingt ou vingt-cinq ans, le droit anglais a subi une évolution marquée, dont le point de départ se trouve dans un arrêt de la cour d'appel de Londres du 13 avril 1881 (*Goodman's trust*). Les principes consacrés par cet arrêt ont été plusieurs fois appliqués depuis cette époque, notamment par deux arrêts de la haute cour de Justice

1. Albertville, 15 mars 1879 (Clunet, 79, p. 393). Avesnes, 12 juillet 1880 (Clunet, 80, p. 472). V. une dissertation sur ce point de M. Lehr dans Clunet, 83, p. 143.

du 23 juillet 1883 (*Andros*) et du 1^{er} novembre 1887(1). Les règles qui se dégagent de cette jurisprudence sont les suivantes :

1° Le statut personnel anglais en matière de légitimation ne se détermine ni par la loi du lieu de la naissance ni par celle du lieu de la célébration du mariage ; on réfère exclusivement à la loi du lieu du domicile du père au moment de la naissance ; par suite, si à ce moment le père était domicilié dans un pays dont la loi admet la légitimation par mariage subséquent, l'enfant sera considéré, en Angleterre, comme légitime.

2° Le statut de Merton n'a aucune application en pareil cas, l'enfant fût-il Anglais et né en Angleterre si le père n'y était pas domicilié lors de la naissance.

3° Toutefois, le mariage intervenu dans ces conditions ne peut produire effet en faveur de l'enfant naturel au cas où il se prévaudrait en Angleterre, de sa qualité d'enfant légitime pour faire valoir ses droits sur des immeubles situés en Angleterre. Mais il peut invoquer son droit sur les meubles.

Certains auteurs, plus rigoureux, exigent en outre que la légitimation soit permise par la loi du lieu où le mariage est célébré (2) ; mais en général la jurisprudence s'en tient

1. Cf. Clunet, 81, p. 317. Clunet, 85, p. 102. Clunet, 88, p. 831.

2. Cf. Foote, *A concise treatise on private international jurisprudence*, p. 62. Wharton, *op. cit.*, § 241. Weslake, *A treatise on private international law*, nos 50-51 et dans Clunet, 81, p. 317. Savigny, *Droit international*, t. VIII, p. 334. Laurent, *op. c.*, V, p. 593. V. M. Laine, *Etude sur le titre préliminaire du projet de révision du code civil belge (Bulletin de législation comparée, 1890, p. 401).*

à la loi du domicile du père au moment de la naissance. Tel paraît être l'état actuel du droit anglais; il n'est pas impossible que le dernier pas soit franchi et que le droit anglais finisse par s'attacher au seul criterium rationnel, la loi nationale des individus (1).

§ 2. — Légitimation par rescrit du prince.

Introduit dans le droit du Bas-Empire par Justinien, ce mode de légitimation se conserva en France pendant tout l'ancien régime à raison de certains abus auxquels il avait donné lieu, les rédacteurs du code civil ne crurent pas devoir le maintenir, quoique, appliqué avec mesure, il puisse être fort utile. Constatons que la légitimation par rescrit existe dans un grand nombre de législations, sans avoir partout ni les mêmes caractères ni les mêmes effets. Tandis qu'en Italie et en Hollande tout individu qui remplit les conditions légales, c'est-à-dire qui n'a pas d'enfants ni descendants légitimes et qui se trouve dans l'impossibilité de contracter un mariage subséquent a le droit absolu de faire légitimer ses enfants par décret royal et après avis des cours supérieures, en Russie cette légitimation constitue une faveur toute personnelle, accordée fort rarement. Dans de nombreux pays elle résulte d'un acte gracieux de l'autorité

1. Dicey et Stocquart. *Le statut personnel Anglais*, t. 1, p. 317. Philimore, *op. cit.*, t. IV, § 381, Alexander dans *Clunet*, 81, p. 495. Stocquart dans *Clunet*, 88, p. 205. Cf. *Clunet*, 93, p. 356. Lawrence, *Commentaires sur Wheaton*, t. III, p. 161.

souveraine, comme en Espagne, en Portugal, en Pologne, en Russie, dans les divers États de la Confédération germanique, où elle a lieu par décision royale ou impériale ; en Angleterre, où elle est prononcée par un *act* du parlement ; dans les îles Ioniennes, où elle résulte d'un vote du Sénat.

Dans certains cantons suisses, l'enfant peut être légitimé par sentence judiciaire lorsqu'il y a eu promesse de mariage dont la mort seule a empêché la réalisation (Zurich, Grisons, Schaffhouse) (1).

En Danemark et en Prusse, le père peut même légitimer ses enfants par déclaration publique, sans mariage, lorsqu'il y a eu promesse de mariage non suivie de célébration. En Prusse la légitimation peut, en ce cas, encore avoir lieu par jugement, et par décisions des cours supérieures, mais seulement *ad delendum*, pour effacer la tache de bâtardise qui est un obstacle à certaines fonctions.

Enfin, nous relevons dans le code civil allemand de 1896 les dispositions suivantes : La légitimation par rescrit (ou plus exactement la déclaration de légitimité) est de la compétence de l'État confédéré auquel l'individu appartient (art. 1723). Le consentement de tous les intéressés est nécessaire ; si la mère refuse le sien, on peut suppléer à son refus par décision du Tribunal de tutelle (art. 1726). La déclaration de légitimité n'est pas possible lorsque à l'époque de la conception le mariage n'était pas possible pour cause de parenté ou d'alliance (art. 1732).

1. De Saint-Joseph, *op. cit.*, I, p. XXVI.

Quoi qu'il en soit, la légitimation par rescrit ayant pour conséquence de modifier l'état et les rapports de famille des individus est régie, comme la légitimation par mariage subséquent, par leur loi nationale. Concluons-en :

1° Que l'individu dont la loi nationale ne reconnaît pas cette institution, un Français, par exemple, ne pourra être légitimé par décret d'un prince étranger, ce qui serait contraire à son statut personnel. Il pourra bien être considéré, dans ce pays étranger, comme légitime ; en France nos tribunaux devront tenir cette légitimation pour nulle.

2° Que l'étranger légitimé, conformément à sa loi nationale, par un acte de son souverain doit être considéré en France comme légitime, fût-il domicilié en France lorsque cet acte intervient en sa faveur. Déjà Bouhier se prononçait en ce sens : « S'il ne s'agit, dit-il, que de savoir si la tache de la bâtardise est effacée en sa personne, en ce cas on ne doute point que la légitimation ne doive être reconnue partout, même dans les souverainetés étrangères ; c'est le sentiment unanime de tous les docteurs (1). » Vainement objecterait-on que le décret de légitimation ainsi accordé étant un acte d'autorité d'un souverain étranger ne peut produire effet hors du pays où légalement il intervient. D'une part il faut remarquer que si l'étranger est ainsi légitimé par un acte de son souverain, c'est en réalité de sa loi nationale qu'il tient l'aptitude à être légitimé ; le décret rendu en conformité de cette loi n'en est que l'application. Or les lois étrangères concernant l'état des personnes doivent toujours être ap-

1. Bouhier. Ch. 28, n. 59.

pliquées en France lorsqu'elles ne compromettent pas l'ordre public absolu français. D'autre part un décret de légitimation, comme un jugement d'interdiction, de séparation de corps ou de divorce, comme un arrêt d'adoption, constate et détermine l'état des personnes au même titre que leurs lois nationales ; on admet sans difficulté que ces actes judiciaires ou administratifs sont reçus et doivent être exécutés en France sans qu'il soit besoin d'exequatur. Le Tribunal de la Seine a fait une application très juste de ces règles en décidant qu'un décret de légitimation rendu au profit d'une Allemande par le Grand-duc de Hesse et du Rhin, son souverain, et dûment transcrit sur les registres de l'état-civil du lieu de la naissance ne pouvait être attaqué par voie de tierce-opposition par des tiers auxquels cette légitimation pouvait faire grief (1).

Il cesserait toutefois d'en être ainsi, et un décret d'une autorité étrangère serait tenu pour non avenu en France si la légitimation qui en résulte était contraire à nos principes d'ordre public absolu.

Tel serait le cas où un étranger invoquerait en France, et prétendrait lui faire produire effet, un acte d'un souverain étranger légitimant sa filiation adultérine ou incestueuse. Nous croyons qu'un pareil acte serait dénué de tout effet en France, parce que la loi défend non seulement la reconnaissance, mais même la constatation d'un rapport de filiation de cette nature ; des raisons de décence publique s'y opposent,

1. Paris, 13 avril 1893 (Clunet, 93, p. 557, Oppenheimer).

et cette prohibition s'adresse aux étrangers comme aux Français. La Cour de Paris a eu à statuer sur une hypothèse de cette nature ; il s'agissait d'un enfant adultérin, de l'aveu même des parents et qui avait été légitimé par un ukase de l'empereur de Russie. On lit dans l'arrêt « qu'un pareil acte, inouï dans nos mœurs à toutes les époques de la législation, ne saurait être d'aucune influence dans la cause, par cela seul que cet acte émane d'une puissance étrangère » (1). Il faut remarquer en effet que l'acte était sans valeur par ce fait que l'enfant était Français ; mais nous pensons qu'il aurait fallu donner la même solution au cas où il se fût agi d'un Russe.

Sous la réserve du respect de nos principes d'ordre public, les hypothèses dont nous avons esquissé les solutions sont simples lorsque le bénéfice d'une légitimation par rescrit intervient en vertu d'un acte émané de l'autorité de la nation à laquelle l'étranger appartient. Elles se compliquent lorsque l'individu est légitimé par un acte de l'autorité d'un pays dont il n'est pas le national, en supposant, bien entendu, que sa propre loi admette la légitimation par rescrit. Ainsi, un Italien dont la loi personnelle autorise la légitimation par décret du roi d'Italie est légitimé par un ukase de l'empereur de Russie. Si, pour une raison quelconque, nos tribunaux avaient à apprécier la validité d'un acte de cette nature, il nous semble que rien ne s'opposerait à ce qu'ils dussent le tenir pour valable, pourvu qu'il fût rendu conformément

1. Paris, 11 février 1808. D. Rép. Vo. *Droit civil*, t. XVIII, n° 445.

aux règles de forme prescrites par la loi russe et aux règles de fond prescrites par la loi Italienne. Pratiquement toutefois, nous pensons que nos tribunaux agiraient sagement en exigeant de l'Italien la preuve que dans sa patrie cette légitimation serait considérée comme valable.

Enfin une autre hypothèse est possible. Si le père et l'enfant n'ont pas la même nationalité et si ce dernier est légitimé par rescrit, soit du souverain de son père, soit du sien propre, d'après quelle loi appréciera-t-on la validité de cette légitimation? A notre avis, il n'y a pas à faire dépendre ces conditions de validité de la loi du père; la légitimation par rescrit, création purement artificielle de la loi ne saurait être assimilée à la légitimation qui résulte du mariage subséquent, et qui est un effet du mariage, soumis par conséquent à la loi du mari. Il n'y a pas non plus de raison de donner la préférence à la loi de l'enfant. Aussi pensons-nous qu'il faudra appliquer cumulativement les deux lois. La légitimation ne sera possible que si elle est permise par la loi du père et par celle de l'enfant, et si les conditions de fond requises par la loi de chacun d'eux sont remplies.

Quant à la forme de l'acte, il n'y a qu'à appliquer la règle *Locus regit actum* (1).

M. Fiore estime que la légitimation par rescrit accordée seulement pour permettre l'accès de certaines fonctions publiques peut être accordée même à un étranger; un pareil acte ne constitue qu'une faveur politique sans effet sur

1. En ce sens Despagnet, *Précis*, p. 453. Duguit dans *Clunet*, 86, p. 524.

l'état de la personne (1). Nous ne voyons pas d'objection contre cette solution.

En ce qui concerne les effets de la légitimation, soit par mariage subséquent, soit par rescrit du prince, ils relèvent uniquement de la loi personnelle des intéressés, à laquelle il y a lieu de se référer.

1. Fiore, *op. cit.*, p. 302.

CHAPITRE IV

Adoption

Dans l'ancien droit romain, l'adoption se présente comme une institution d'ordre public, intimement liée à l'organisation de la famille et de la société romaines, où elle se justifiait par d'impérieuses nécessités. La famille, dont le père était le chef et dont il réglait souverainement la composition avait essentiellement besoin de représentants mâles, qui en pussent remplir le rôle social dans l'Etat et perpétuer le culte ancestral et les *sacra privata*. Faute d'une descendance mâle, ce culte était exposé à s'éteindre, chose non seulement grave mais déshonorante (1). De là la pensée de suppléer à la postérité du sang par une postérité fictive ; de là la double institution de l'adrogation, s'adressant aux *sui-juris* et de l'adoption proprement dit en faveur des *alieni juris*.

A mesure que la famille naturelle absorba la famille civile, que la société perdit les allures aristocratiques qu'elle avait aux premiers âges, l'utilité primitive de l'institution s'atténua, et, dans le droit de Justinien, l'adoption se présen-

1, Cicéron, *Pro domo*, 13,

te simplement comme un moyen de s'assurer une famille artificielle lorsqu'on n'a pas eu d'enfants ou que la mort a enlevé ceux que la nature avait donnés.

Les Barbares, hommes de la nature, étrangers aux fictions juridiques l'ignorèrent. Aussi fut-elle inconnue dans l'ancien droit français, non-seulement dans les pays de coutume mais encore, ce qui est notable, dans les pays de droit écrit, où les idées coutumières avaient prévalu sur les traditions romaines. Ce n'est qu'avec le Code civil que l'adoption reparaît dans notre droit, mais avec des caractères sensiblement différents de ceux qu'elle avait dans le droit romain. Elle est usitée également dans un assez grand nombre de législations.

En tant qu'elle crée un rapport de parenté civile destiné à imiter d'aussi près que possible, la parenté naturelle, l'adoption modifie l'état des personnes et, par suite, rentre évidemment dans le statut personnel. Nous appliquerons donc à l'adoption la règle générale qui régit l'état des personnes, c'est-à-dire leur loi nationale, et nous en concluons en principe :

1° Que l'adoption régulièrement faite, en conformité de leur loi nationale, par des Français en pays étranger sera valable en France et à l'étranger.

2° Que l'adoption régulièrement contractée par des étrangers en France devra être tenue pour valable, tant en France que dans leur patrie.

Examinons ces deux cas.

1° L'adoption est faite par des français en pays étranger.

Si l'adoptant et l'adopté sont tous deux Français, ils devront observer pour la validité de l'acte qu'ils se proposent d'accomplir les conditions prescrites par la loi française; ainsi l'adoptant devra être âgé de cinquante ans, se trouver sans enfants ni descendants légitimes, avoir quinze ans de plus que l'adopté, celui-ci devra être majeur et remplir les conditions de capacité exigées par l'art. 346 C. civ. Il importerait peu que la loi du pays où l'adoption a lieu ne la connût pas ou même la prohibât : une prohibition de cette nature, fondée sur des motifs d'ordre public purement interne ne saurait s'adresser à des français dont la loi nationale ne la contient pas.

Il est toutefois possible que la loi locale proscrive l'adoption pour des raisons d'ordre public non plus relatif mais absolu. Il est admis qu'en France, l'enfant naturel peut être adopté par son père ou par sa mère. Non reconnu par eux, cela n'a jamais fait de doute; s'il a été reconnu, la jurisprudence française, après quelques hésitations, a fini par valider l'adoption, en considérant qu'elle n'est pas interdite par aucun texte. Il n'en est pas de même en Italie; le Code civil italien interdit formellement (art. 205) l'adoption de l'enfant naturel par son père ou par sa mère qui l'ont reconnu; et cette incapacité paraît en Italie reposer sur des motifs d'ordre public absolu. Faut-il, par conséquent, décider que le Français ne pourra pas, en Italie, adopter son enfant naturel reconnu, que nous supposerons Français comme son père? Certains auteurs l'admettent. « Lorsqu'il existe, disait M. Fiore, dans la première édition de son ouvrage, dans le

lieu où l'on veut adopter, une loi absolue et prohibitive qui empêche l'adoption de l'enfant naturel, l'étranger doit s'y conformer, quelle que soit la loi de sa patrie, parce que cette disposition doit être considérée comme établie pour protéger la moralité publique et les bonnes mœurs, et qu'elle est obligatoire pour les citoyens et pour les étrangers » (1). On en conclut qu'une adoption de cette nature, impossible en Italie devrait, au cas où par hypothèse elle y serait réalisée, être tenue nulle en France ; cette opinion est encore assez répandue (2). Néanmoins nous ne la croyons pas exacte. Toute la question consiste à interpréter exactement l'article 3, § 3 du Code civil. Le Français peut adopter en France son enfant naturel reconnu ; donc il le peut à l'étranger, où les lois concernant son état et sa capacité le suivent. Peu importe que la loi italienne tienne cette adoption pour nulle ; en elle-même elle sera valable si elle satisfait aux conditions de fond prescrites par la loi française ; il ne nous semble nullement qu'une raison quelconque fasse obstacle à ce qu'elle soit validée par nos tribunaux. Au reste, il n'est pas certain que l'incapacité édictée par l'article 205 du Code civil italien soit d'ordre public absolu en Italie. On peut remarquer en effet que M. Fiore, dans la deuxième édition de son livre, semble revenir sur sa première opinion, sans

1. Fiore, *op. cit.* (trad. Pradier-Fodéré, 1875), p. 271.

2. *Sic* Mailher de Chassat. *Traité des statuts*, p. 413. Von Bar. *Das Internationale Privat : und strafrecht*, p. 360. Rougelot de Lioncourt. *Op. cit.*, p. 249. Despagne. *Précis*, p. 457. *Contra* : Laurent, t. VI, p. 63. Surville et Arthuys, p. 327.

pourtant se prononcer d'une façon catégorique ; il se borne à constater que, s'agissant de l'état des personnes, il faudra en principe appliquer le statut personnel de l'adoptant et de l'adopté, et que, l'adoption étant en Italie comme en France, soumise au contrôle de la Cour d'appel, celle-ci pourra refuser de la valider ou l'autoriser, en considération du statut personnel, le tout sans exprimer de motifs (1).

Supposons maintenant que les deux parties qui vont figurer dans une adoption accomplie à l'étranger appartiennent à des nationalités différentes ; par exemple, c'est un Français qui adopte un Italien en Italie, ou réciproquement. Le règlement du conflit devient alors plus délicat, et une première question se pose : quelle est la loi qu'il convient de prendre en considération ? Est-ce celle de l'adopté, ou celle de l'adoptant, ou les deux cumulativement ?

En faveur du premier système, on peut, pour s'attacher à la loi personnelle de l'adopté dire que c'est surtout ce dernier que l'adoption intéresse le plus ; il entre dans une nouvelle famille, son état subit une grave modification ; c'est donc à sa loi qu'on doit se référer. Les partisans du second système s'en tiennent à la loi de l'adoptant en faisant remarquer que l'adoption imite la nature ; que ses effets sont presque identiques à ceux qui résultent de la filiation du sang ; qu'ainsi elle fait naître un empêchement au mariage, une obligation alimentaire réciproque, des droits de succession d'enfant légitime au profit de l'adopté ; qu'elle doit par

1. Fiore, *op. cit.* (trad. Antoine), t. II, p. 311.

conséquent être assimilée à la filiation légitime et dépendre de la loi qui régit celle-ci (1).

Nous préférons nous rallier à une troisième opinion. Nous pensons que, pour apprécier la validité de l'adoption, il faut se référer à la loi nationale de chacune des parties qui figureront dans l'acte. C'est qu'en effet l'adoption, fiction légale ne crée que des rapports civils ; la parenté qu'elle fonde n'est qu'artificielle ; elle ne résulte pas de la nature des choses comme la filiation du sang. Le devoir alimentaire, l'empêchement au mariage, les droits successoraux : pures conventions. Au point de vue social, elle ne présente qu'une utilité médiocre, tandis qu'elle peut engendrer des abus. Les législations positives la voient avec si peu de faveur qu'elles l'entourent de formalités minutieuses et la soumettent à un contrôle sévère. Il faut, à notre sens, en conclure que, pour que l'adoption soit possible, chaque partie devra être respectivement capable suivant la loi nationale (2). Ainsi l'adoption ne pourra avoir lieu entre un Anglais, dont la loi nationale ignore cette institution et un Italien dont la loi l'autorise (3). Au contraire, un Français pourra, en Italie, adopter un Italien ou être adopté par lui, parce que la loi nationale de chacun d'eux le permet.

1. Sic Fiore, *op. cit.*, p. 312. Laurent, *op. cit.*, p. 78. Surville et Arthuys, p. 328.

2. Sic Weiss, *op. c.*, p. 565. Brocher, *op. c.*, I, p. 333.

3. Notons en passant que l'adoption pourra être considérée comme valable au regard de la loi anglaise si l'Anglais est domicilié en Italie, le statut personnel anglais se déterminant dans l'opinion commune par la loi du domicile.

A supposer que la loi des deux parties autorise l'adoption il faudra que les conditions intrinsèques de validité de l'acte soient remplies par chaque partie, conformément à sa loi nationale ; il en sera ainsi notamment pour les conditions d'âge. Si c'est un Français qui adopte un Italien, l'adoptant devra être âgé de cinquante ans et se trouver sans postérité légitime ; l'adopté pourra être mineur, mais devra avoir atteint 18 ans. Un Français ne pourra pas adopter son fils naturel Italien, dont le statut personnel s'oppose à l'adoption.

2° L'adoption a lieu en France, et nous supposons qu'elle est faite soit par deux étrangers appartenant à la même nationalité ou à des nationalités différentes, soit par un étranger et un Français, quel que soit leur rôle respectif. Ici se pose un problème d'ordre général. Un étranger a-t-il le droit de figurer en France dans une adoption, soit comme adoptant, soit comme adopté ? Précisons l'hypothèse : la loi nationale de l'étranger qui veut adopter consacre l'institution ; celle de l'individu appelé à être adopté également ; et les deux parties remplissent toutes les conditions de capacité que leurs lois personnelles requièrent pour la validité de l'acte. L'adoption sera-t-elle possible ?

La solution de cette question dépend directement de l'interprétation à donner de l'article 11 du Code civil qui, conçu en termes généraux, ne laisse pas entrevoir exactement la pensée de la loi relativement à la condition qu'elle a entendu faire aux étrangers en France. Adopter ou être adopté en France constitue, pour les Français, une faculté légale, un

droit. La qualité d'étranger d'un individu fait-elle obstacle à ce qu'il puisse l'exercer, à l'égal d'un Français ? Deux opinions sont possibles. On peut soutenir que, dans le silence de la loi, les étrangers ont en France tous les droits qui ne leur sont pas refusés par un texte formel ; que nulle disposition de notre droit positif ne leur interdisant de participer à une adoption, cet acte leur est permis. On peut dire, en sens contraire, que les étrangers n'ont en France, aucuns droits que ceux qui leur sont accordés soit par un texte formel ou par un traité diplomatique conclu avec leur gouvernement (1) ; donc, sans traité, pas d'adoption possible pour eux.

La jurisprudence a adopté un système intermédiaire. Elle divise en deux catégories les facultés juridiques que l'étranger peut prétendre exercer en France, les unes, de droit des gens, acquises aux étrangers sans texte législatif formel ni traité international ; les autres, de pur droit civil, exclusivement propres aux Français et dont en principe les étrangers ne jouissent pas. Appliquant cette distinction à l'adoption, la jurisprudence a observé que cette institution n'existe pas dans tous les pays ni dans toutes les législations ; qu'elle n'est pas une de ces facultés indispensables à la vie juridique de l'individu ; qu'elle est au contraire un acte rare, en-

1. Notre cher doyen, M. Colmet de Santerre, réfutait spirituellement cette doctrine excessive en observant qu'elle pouvait conduire logiquement à contester à un nègre de l'Afrique, nouvellement débarqué en France, tout droit de propriété sur ses vêtements sous le prétexte que le chef de sa tribu n'avait passé aucun traité diplomatique avec le gouvernement français.

touré par le législateur français de précautions multiples. Elle en a conclu que l'adoption est une institution de droit civil, interdite aux étrangers qui n'ont pas été admis à domicile en France par décret du chef de l'Etat ou avec le gouvernement desquels la France n'a passé aucun traité.

Telle est la théorie de la jurisprudence. Elle a été combattue dès le principe par des auteurs considérables qui, adoptant la méthode d'interprétation la plus large, estiment que l'étranger peut se prévaloir en France de tous les droits dont un texte positif ne les prive pas et ne font aucune exception en ce qui concerne l'adoption⁽¹⁾. M. Valette a rappelé un précédent législatif qui donne à son argumentation une certaine force : la constitution du 24 juin 1793 qui accordait le droit de citoyen français à tout étranger qui aurait adopté un enfant (2). M. Demangeat dit : « Refuser l'adoption aux étrangers, c'est là une de ces théories à l'appui desquelles il est impossible d'apporter autre chose que des mots, que des formules vides de sens » (3).

La doctrine moderne, très libérale à l'égard des étrangers, leur accorde nettement le droit de figurer dans une adoption en France (4). Elle remarque qu'en droit romain, où l'adrogation, acte de la puissance législative, s'opérait par une tri-

1. Zachariæ, t. IV, p. 6. Valette sur Proudhon, t. I, p. 177. Demangeat sur Fœlix, t. I, n° 36, note A, et *condition des étrangers*, p. 362.

2. Valette sur Proudhon, *loc. cit.*

3. Demangeat. *Cond. des étrangers*, *loc. cit.*

4. Weiss, *op. cit.*, p. 57. Despagnet, *op. cit.*, p. 456.

ple *rogatio* faite au peuple assemblé en comices, avec l'intervention des pontifes ; ou l'adoption nécessitait des formes du *jus civile*, comme une triple *mancipatio*, ou elle produisait des effets de pur droit civil, comme l'*agnatio* et la *patria potestas*, ces actes étaient tout naturellement refusés aux pérégrins, qui ne pouvaient invoquer que le *jus gentium* ; mais qu'aujourd'hui l'adoption n'est plus autre chose qu'un contrat, soumis, il est vrai, pour sa perfection, à certaines formes solennelles et exigeant une capacité spéciale ; mais que ces conditions de forme et de fond étant remplies, l'étranger doit pouvoir passer ce contrat aussi librement que d'autres actes tout aussi solennels, le mariage par exemple. Quelle que soit la forme de ces raisons, la jurisprudence ne s'est jamais départie des règles qu'elle a fixées un peu arbitrairement peut-être (1). On lit dans un arrêt que « l'adoption, modifiant l'état de deux personnes et établissant entre elles des rapports purement civils qui n'existaient pas naturellement, ne peut être admise si l'une d'elles ne jouit pas des droits civils dont elle fait partie ; que les obligations réciproques qui en résultent ne sont valablement contractées qu'avec le contrôle et la sanction des tribunaux français », ce qui nous paraît excessif. Elle n'en a pas moins annulé une adoption faite par un Français d'un Belge *en Belgique*, parce que l'adopté ne jouissait pas *en France* des droits civils fran-

1. Cass., 5 août 1823 (S. 1823, I, p. 353). Dijon, 31 janvier 1824 et Cass., 22 novembre 1825 (S. 1826, I, p. 142). Cass., 7 juin 1826 (S. 1826, I, 330). Cass., 21 mars 1861 (S. 61, I, p. 209). Paris, 30 avril 1881 (Le Droit, 2 mai 1881) Seine, 4 août 1883 (Clunet, 84, p. 179). V. cep. Paris, 2 juin 1892 (Clunet, 92, p. 1137).

çais, ni en vertu d'un traité diplomatique ni en vertu d'une autorisation gouvernementale (1).

Etant donné cette jurisprudence que nous devons accepter, il en résulte que, dans de très nombreux cas le conflit ne naîtra pas ; il faudra, pour qu'il puisse s'élever, ou que l'étranger adoptant ou adopté en France y ait été admis à domicile dans les termes de l'art. 13 Code civil (2), ou qu'il puisse justifier d'un traité diplomatique conclu avec son gouvernement et relatif à la jouissance des droits civils. Avant 1892-1893 les seuls étrangers dans cette situation étaient : 1° les Espagnols, à raison d'un traité conclu entre la France et l'Espagne le 6 février 1882 ; 2° les Serbes, à raison d'un traité franco-serbe du 18 juillet 1883. Quoique ces deux conventions portent le nom de « traité d'amitié, de commerce et de navigation » ils contiennent des clauses formelles donnant aux nationaux de l'Espagne et de la Serbie les mêmes droits civils que ceux dont jouissent les Français, les droits politiques exceptés. Ces traités, conclus pour dix ans, n'ont pas été renouvelés à leur expiration. La jurisprudence a admis en outre que les Brésiliens pouvaient aussi prétendre à l'exercice en France des droits civils proprement dits à raison d'un traité conclu entre la France et le Brésil le 7 juin 1826 et qui contient la clause dite de la nation la plus favorisée (3).

On a parfois prétendu que, soit la loi du 14 juillet 1189

1. Seine, 4 août 1883, précité.

2. Paris, 9 mars 1882 (*Revue critique*, 82, p. 705).

3. Seine, 23 mars 1889, (*Clunet*, 89, p. 803 et p. 765).

abolitive, du droit d'aubaine et de détraction, soit divers traités conclus sous l'ancien régime et qui ont donné à certains étrangers le droit de succéder librement en France (notamment un traité conclu avec le Grand duché de Bade en 1765) ont donné à ces étrangers capacité de participer à une adoption en France. La jurisprudence s'est refusée à l'admettre (1).

Si nous supposons que l'étranger, capable de figurer en France dans une adoption, soit en vertu d'un traité, soit en vertu d'une autorisation à domicile, nous déciderons que pour la validité de l'acte, il restera soumis à son statut personnel. Au cas où l'adoptant et l'adopté appartiennent à la même patrie, il n'y a aucune difficulté; ils doivent être capables suivant leur loi nationale commune. Au cas où ils appartiendraient à des nationalités différentes, chacun devra remplir les conditions de capacité exigées par sa loi personnelle; il en serait de même au cas où l'une des parties serait française. Ainsi un Anglais ne pourra adopter, en France, ni un Français, ni un Anglais, l'adoption étant inconnue en Angleterre à titre d'institution sociale. On admet cependant que le Parlement Anglais pourrait certainement voter un *act* d'adoption, comme il peut accorder une légitimation, comme autrefois il prononçait des divorces. De plus, les Anglais connaissent une sorte d'adoption testamentaire; c'est le legs fait sous la condition que le légataire prendra le nom et les armes du testateur.

L'adoption n'existe pas davantage en Louisiane, à Haïti

1. Cass. 5 août 1823, 22 nov. 1825, 7 jun 1826, précités.

en Hollande, en Suède et Norvège, dans certains cantons Suisses, notamment ceux de Vaud, Argovie, Berne, Fribourg et Lucerne (1). Elle était inconnue aussi dans les Etats de l'Union américaine, sauf celui de Rhode-Island où pendant longtemps elle a eu l'apparence d'un acte législatif ; mais elle a progressivement gagné du terrain, et aujourd'hui elle est pratiquée dans les Etats de New-Hampshire, Massachusetts, Connecticut, Pensylvanie, Wisconsin, Texas et Kansas (2).

Presque toutes les autres législations admettent l'adoption, et, dans les pays de race latine, cette institution présente à peu de chose près les mêmes caractères qu'en France. En Italie, l'âge requis pour l'adoptant est de cinquante ans ; pour l'adopté, de dix-huit ans ; une différence de dix-huit ans doit exister entre l'âge des deux parties ; en Espagne, l'âge respectif nécessaire est de quarante-cinq ans et de quinze ans. Dans les deux pays, l'adoption est interdite entre le pupille et le tuteur qui n'a pas encore rendu son compte de tutelle ; la loi italienne y a ajouté l'incapacité qui frappe l'enfant naturel à l'égard de ses parents qui l'ont reconnu, et la loi espagnole défend l'adoption aux ecclésiastiques. Dans les deux pays l'autorité judiciaire intervient pour sanctionner l'adoption.

En Serbie, trois sortes d'adoptions sont pratiquées : 1^o adoption avec le consentement des parents de l'adopté, ce

1. De Saint-Joseph, *Concordance*, t. I, p. XXVII.

2. Lawrence sur Wheaton, *op. cit.* III, p. 166.

qui fait entrer ce dernier dans la famille de l'adoptant ; 2° Adoption conventionnelle ; 3° Adoption sans aucune formalité, sorte de tutelle officieuse. On peut adopter aussi à titre de frère ou de sœur. Le curé dresse un certificat que le Tribunal doit confirmer. L'adoption est possible aussi par testament (1).

En Turquie on trouve également trois espèces d'adoption : L'adoption patronale par laquelle l'adopté devient l'esclave affranchi de l'adoptant et a droit à sa succession, l'adoption filiale et l'adoption collatérale à titre de frère, oncle, neveu (2).

Dans les pays soumis à l'influence du droit germanique, l'adoption existe à titre d'institution à peu près générale. C'est ainsi qu'on la retrouve avec des caractères presque identiques dans les Etats confédérés de l'Allemagne, en Autriche et dans un certain nombre de cantons suisses.

En général l'adoptant doit être âgé de cinquante ans ; la différence d'âge nécessaire varie entre 15 et 18 ans, mais des dispenses peuvent être accordées. Si l'adoptant est marié, on exige le consentement de son conjoint. L'enfant naturel peut être adopté par ses parents en Saxe mais pas à Zurich, ni en Autriche. En Bavière, l'adoption est interdite aux femmes. Enfin l'adoption ne peut avoir lieu par acte privé, et, suivant les pays, elle doit être autorisée par l'autorité tutélaire supérieure, par le souverain ou par les tribunaux (3).

1. De Saint-Joseph, *op. cit.* I, p. XXVII.

2. *Ibid.*

3. Lehr. *Eléments de droit germanique*, p. 378.

En Prusse l'adoption ne s'opère que par un contrat écrit confirmé par le Tribunal supérieur de la province. Lorsqu'elle confère des armes et un titre de noblesse, elle doit être confirmée par le souverain. La femme ne peut adopter sans le consentement de son mari; mais le mari le peut sans celui de la femme. L'adoption des enfants naturels est permise. Comme à Zurich et en Autriche, l'adoption peut être révoquée sous le contrôle des Tribunaux supérieurs. Elle est interdite aux personnes qui ont fait vœu de célibat, comme en Autriche, en Bavière et en Espagne.

Le code civil fédéral de 1896 a conservé les principales règles du droit allemand en matière d'adoption. L'âge nécessaire pour l'adoptant est de 50 ans; l'adopté peut être mineur, une différence d'âge de 18 ans est exigée; mais des dispenses d'âge sont possibles et c'est le souverain de l'Etat confédéré qui les accorde. Les tribunaux supérieurs homologuent l'adoption, par l'effet de laquelle l'adopté acquiert la qualité d'enfant légitime.

En Danemark, l'adoption n'est permise qu'en vertu d'une autorisation délivrée par la chancellerie. L'adopté acquiert sur les biens de l'adoptant les droits de succession d'un enfant légitime, mais ces droits ne s'étendent pas aux comtés, baronnies ou majorats.

Enfin en Russie, d'après les art. 149 et suiv. du *Svod*, les nobles qui n'avaient ni descendants, ni parents mâles pouvaient empêcher l'extinction de leur nom en adoptant, avec l'autorisation de l'empereur, leurs plus proches parents légitimes; mais cette adoption ne conférait aucuns droits suc-

cessoraux; son effet se limitait à la transmission du nom et du titre. Dans les classes inférieures, l'adoption était possible avec tous ses effets et donnait aux enfants tous les droits des enfants légitimes.

De 1876 à 1891 plusieurs dispositions législatives intervinrent qui facilitèrent l'adoption pour toutes les classes sociales et en étendirent les effets. La loi du 12 mars 1891 a soumis cette matière à des règles uniformes.

Les personnes de toutes classes, sans distinction de sexe (à l'exception de celles vouées par état au célibat) peuvent adopter; il faut qu'elles soient sans descendance légitime, qu'elles aient trente ans révolus et dix-huit ans de plus que l'adopté et qu'elles jouissent de leurs droits civils. Toutefois l'adoption entre chrétiens et non chrétiens est interdite. Quant à ses effets, elle confère à l'adopté tous les droits et toutes les obligations d'un enfant légitime. Quant aux formes, les demandes afin d'adoption doivent être présentées au tribunal de l'arrondissement qui statue sauf appel possible (1).

Ainsi que nous l'avons dit, certaines législations interdisent l'adoption aux personnes engagées dans les ordres religieux et qui ont fait vœu de célibat (Code prussien, art. 670; Code bavarois, art. 10; Code autrichien, art. 174). On se demande si un ressortissant d'une loi qui contient cette prohibition devra l'observer à l'étranger, en particulier dans un pays dont la loi civile est sécularisée. M. Weiss estime qu'en

1. Cf. Lehr dans *Clunet*, 95, p. 531.

France, une incapacité de cette nature se heurterait à l'ordre public absolu, parce que la loi française ne reconnaît pas la validité des vœux religieux (1). Ce n'est pas notre sentiment.

Nous pensons que la loi étrangère devra être respectée, pour deux raisons. D'une part, l'adoption ne constitue pas un droit essentiel de l'individu, indispensable à la manifestation de son existence juridique ; on comprend que certaines législations ne l'aient pas consacrée. Ni l'ordre public absolu ni la liberté individuelle ne seraient violés si ce droit était refusé à certaines personnes. Il y a plus : la prohibition d'adopter, imposée aux prêtres dans certains pays se justifie en elle-même par des raisons très plausibles. On a voulu que le ministre du culte ne puisse être détourné de ses devoirs religieux par aucune affection humaine, afin de se consacrer d'une façon absolue à sa mission : *ut aliis omnibus derelictis Dei omnipotentis ministeriis inhaerant*. Nous admettons, par conséquent, que l'incapacité dont il s'agit ne viole aucunement l'ordre public absolu en France (2).

Enfin, si l'étranger admis à domicile en France avait perdu sa nationalité, il se trouverait alors affranchi de son statut personnel d'origine et c'est la loi française qui déterminerait les conditions de fond de l'adoption (3).

Les formes nécessaires à la validité de l'adoption donnent lieu à des difficultés assez sérieuses. Le droit français a fait

1. Weiss, *op. cit.*, p. 566. Laurent, *op. cit.*, p. 67.

2. En ce sens Despagne, *op. c.*, p. 458. Rougelot de Lioncourt, *op. c.*, p. 248.

3. Demante, *Droit civil*, t. I, n° 28 bis.

de l'adoption un contrat solennel, entouré de formes rigoureuses, toutes exigées à peine de nullité. Reçu par le juge de paix du domicile de l'adoptant (art. 353 C. civ.) l'acte contenant adoption doit être homologué par le Tribunal civil de première instance (art. 355). Dans le mois qui suivra le jugement du Tribunal, le jugement doit être soumis à la Cour d'appel (art. 357) et dans les trois mois de l'arrêt, l'adoption doit être inscrite sur les registres de l'état-civil du domicile de l'adoptant (art. 359). Dans quelle mesure les formalités prescrites par la loi du lieu où l'adoption s'opère influent-elles sur la validité de l'acte ? La question se dédouble.

1^o S'agit-il d'une adoption contractée en France par deux étrangers, il faut décider que les parties pourront valablement recourir aux formes de la loi française. Dès l'instant que ces étrangers sont capables de participer à une adoption en France, tant au point de vue de leur statut personnel que de la jouissance des droits civils français, le juge de paix requis à cet effet ne pourrait se refuser à la recevoir, ni nos tribunaux de l'homologuer. En outre, si les deux parties appartiennent à la même nationalité, elles auront le droit de procéder à l'adoption dans la forme prescrite par leur loi nationale ; la règle *Locus regit actum* n'est ici que facultative. Il en est autrement si les parties relèvent de patries différentes, ou, à plus forte raison, si l'une d'elles est française ; il faudrait alors observer les formes prescrites par le Code civil, à peine de nullité.

2^o S'agit-il d'une adoption conclue en pays étranger et invoquée en France : la question devient très délicate. Ecar-

tons toutefois une hypothèse dont la solution est certaine. Si l'acte d'adoption soumis à nos tribunaux a été passé par deux étrangers, dans leur patrie, et dans les formes requises par la loi locale, il est bien évident que nos tribunaux devront le tenir pour valable. Si cet acte est un jugement, ils devront l'accueillir sans exequatur, puisqu'il s'agit d'une question d'état. La difficulté ne se présente que lorsque l'adoption contractée à l'étranger l'a été entre deux Français, ou entre un Français et un Etranger.

Si nous appliquions les principes généraux, nous déciderions que l'acte d'adoption fait dans les formes prescrites par la loi locale doit être tenu pour valable partout; la règle *Locus regit actum* commanderait cette solution. Mais la question est de savoir si cette règle s'applique aux solennités de l'adoption. Pour les auteurs qui n'admettent pas l'extension de la règle *Locus regit actum* aux actes solennels, la question n'existe pas; ils décident que l'adoption ainsi faite dans les formes de la loi étrangère est nulle. C'est aussi la solution que donne M. Laurent, mais pour d'autres raisons. D'après M. Laurent, l'adoption est un acte qui dépend directement de la puissance publique; la souveraineté législative, qui en est la source, a donné délégation à cet effet à l'autorité judiciaire. Celle-ci intervient pour sanctionner l'adoption; et comme hors de ses limites territoriales la souveraineté française ne peut plus s'exercer, M. Laurent en conclut que des Français à l'étranger ne pourront conclure une adoption, puisque la souveraineté étran-

gère ne peut suppléer à la souveraineté française (1).

Cette conception nous paraît non seulement inexacte, mais encore inutile. Pourquoi faire de l'adoption un acte de la puissance publique ? La vérité est que la loi l'a entourée de précautions et de formalités pour assurer, autant que possible, la sincérité et l'indépendance des parties et pour éviter des abus éventuels. Mais ces solennités, si importantes soient-elles, ne sont pourtant que des formes, et la règle *locus regit actum* nous paraît devoir recevoir ici son application (2). Nous en concluons qu'en ce qui concerne l'acte instrumentaire d'adoption, les Français à l'étranger le feront valablement dans les formes de la loi locale, même par acte privé, si cette loi le permet. D'autre part, si l'adoptant et l'adopté sont Français, ils pourront s'adresser aux autorités diplomatiques ou consulaires françaises, qui recevront valablement l'acte. Ce sera d'ailleurs la seule forme possible en fait lorsque, dans le pays où se trouvent ces Français, il n'y aura pas d'officiers publics ayant qualité pour la recevoir.

Mais l'acte d'adoption ne se suffit pas à lui-même ; il faut qu'il soit homologué par le tribunal et par la cour d'appel. Comment concilier les exigences de la loi française avec la règle *locus regit actum* ? Certains pensent que l'acte d'adoption fait à l'étranger, dans la forme locale, devra dans tous

1. Laurent, *op. cit.*, VI, p. 69.

2. Brocher. *op. cit.*, p. 334.

les cas être homologué par les tribunaux français (1). Nous préférons proposer à cet égard la distinction suivante :

La loi étrangère prescrit-elle, pour la validité de l'acte, des formalités analogues à celles de la loi française : nous pensons qu'il suffira que les Français à l'étranger observent les formes de la loi locale pour que nos tribunaux soient tenus de considérer l'adoption comme valable. Ainsi en Italie elle est reçue par le président de la Cour d'appel, lequel assisté de son greffier dresse procès-verbal ; la Cour ratifie ensuite l'adoption ou l'annule. Nous estimons que ces formes sont suffisantes et qu'elles présentent autant de garanties que les formes de la loi française. Ainsi contractée en Italie par des Français, l'adoption doit, à notre avis, être réputée régulière en France, sans même qu'il soit besoin d'exequatur.

La loi étrangère ne prescrit-elle au contraire aucunes formes spéciales : nous pensons que nos tribunaux devraient être appelés à se prononcer sur une adoption ainsi faite à l'étranger, qui ne paraît pas offrir des garanties suffisantes.

La détermination des effets de l'adoption ne présente aucune difficulté lorsque les parties appartiennent à la même nationalité ; c'est à la loi de leur patrie commune qu'il y aura lieu de se référer. C'est d'après cette loi qu'on appréciera dans quelle mesure l'obligation alimentaire est due entre l'adoptant et l'adopté ; c'est cette loi qui déterminera les droits successoraux de l'adopté et le droit de retour apparte-

1. Louiche-Desfontaines. *De l'émigration*, p. 236. Duguit, *Conflits de législations*, p. 99.

nant à l'adoptant sur les choses par lui données ; c'est ainsi que, d'après la loi espagnole, l'adopté n'acquiert aucun droit sur la succession de l'adoptant, sauf le cas d'un testament, à moins toutefois que par l'acte d'adoption, ce dernier ne se soit engagé à l'instituer son héritier (Code civil esp., art. 177). C'est encore la loi nationale qui dira si l'adoption crée un empêchement, soit prohibitif, soit dirimant au mariage ; qui décidera si l'adoption peut ou non être révoquée.

La question se complique lorsque l'adoptant et l'adopté sont de nationalités différentes. Quelle loi convient-il alors de prendre en considération pour régler les effets de l'adoption ? Celle de l'adoptant, dit M. Laurent ; c'est lui que la loi a principalement en vue en notre matière ; c'est à lui qu'elle rapporte tous les effets de l'adoption (1). Celle de l'adopté, dit M. Weiss ; c'est lui que l'adoption atteint le plus directement dans son état (2). M. Fiore a proposé une distinction qui paraît rationnelle. Pour tous les rapports de droit que l'adopté peut conserver dans sa famille naturelle dont il ne cesse pas de faire partie, c'est la loi de l'adopté qu'il faut prendre en considération. Pour ceux qu'il obtient dans sa famille adoptive, c'est celle de l'adoptant qu'il convient de suivre (3).

M. Despagne, tout en acceptant cette distinction y met toutefois une réserve : « L'état juridique des personnes, dit-il, constituant un ensemble de règles d'ordre public aux-

1. Laurent, *op cit.*, p. 78.

2. Weiss, *op. cit.*, p. 566.

3. Fiore, *op. cit.*, p. 272 (trad. Pradier-Fodéré).

quelles il ne peut être dérogé par des conventions particulières, les dispositions de la loi de l'adoptant cesseront de s'appliquer quand elles seront en contradiction avec celles de la loi de l'adopté relativement à la situation que ce dernier conserve dans sa famille naturelle. C'est ainsi qu'il faudra suivre la loi nationale de l'adopté lorsque la puissance paternelle est maintenue au père naturel tandis que d'après la loi de l'adoptant elle devrait être attribuée à ce dernier » (1).

Reste une dernière question. L'adopté prend-il la nationalité de l'adoptant ? Sur ce point on est d'accord (2). On admet que, en l'absence d'un *texte* formel, rien n'autorise à attacher à l'adoption un effet aussi important. Mais on s'est demandé si l'adoption ne pourrait pas conférer une nationalité à l'adopté quand celui-ci n'en a pas. M. Lehr ne le pense pas, et nous partageons son opinion. « Aucune loi, dit-il, ne range expressément l'adoption parmi les modes d'acquisition de la nationalité, et cette naturalisation détournée paraît difficile à accepter dans une matière aussi grave, où tout est de droit étroit, à raison des prérogatives et des obligations précises qui découlent de la qualité de régnicole » (3).

1. Despagnet *op. cit.*, p. 459.

2. Demangeat sur Fœlix I, p. 98, *note* A. Laurent, *op. cit.*, t. II, p. 58. Fiore, *op. cit.*, t. II, p. 313 (trad. Antoine).

3. Lehr dans Clunet, 91, p. 107.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction.....	7
Chapitre I. — <i>Filiation légitime</i>.....	37
§ 1. — Réclamation ou contestation d'état.....	43
§ 2. — Désaveu.....	52
Chapitre II. — <i>Filiation naturelle</i>.....	63
§ 1. — Reconnaissance des enfants naturels.....	67
§ 2. — Recherche de la Paternité.....	84
Chapitre III. — <i>Légitimation</i>.....	106
§ 1. — Légitimation par mariage subséquent.....	110
§ 2. — Légitimation par rescrit du prince.....	127
Chapitre IV. — <i>Adoption</i>.....	134

Vu : le président de la thèse
A. LAINÉ.

Vu par le Doyen,
GLASSON

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
GRÉARD

Librairie EDOUARD DUCHEMIN, 18, rue Soufflot, Paris.
